Série A N° 174

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

LE RÉGIME ADMINISTRATIF DU FINANCEMENT DES MARCHÉS PUBLICS

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences politiques et économiques)

Présentée et soutenue

PAR

Joseph HECKINGER

Jury de la Thèse :

Président : M. Joseph DELPECH, *Doyen*

Suffragants { M. Robert REDSLOB, *Professeur*
M. André PIATIER, *Chargé de cours*

IMPRIMERIE WALLON
VICHY
1944

Série A No 174

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

LE RÉGIME ADMINISTRATIF DU FINANCEMENT DES MARCHÉS PUBLICS

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences politiques et économiques)

Présentée et soutenue

PAR

Joseph HECKINGER

Jury de la Thèse :

Président : M. Joseph DELPECH, *Doyen*

Suffragants M. Robert REDSLOB, *Professeur*
M. André PIATIER, *Chargé de cours*

IMPRIMERIE WALLON
VICHY
1944

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Que ce soit en régime libéral ou d'économie dirigée, l'administration a besoin du concours constant d'entrepreneurs et de fournisseurs pour assurer le fonctionnement régulier et continu de ses nombreux services publics. Ce n'est pas, en effet, par le procédé de la régie directe, beaucoup trop rigide, dépourvu de la technicité, de la souplesse et de l'initiative voulues, qu'elle peut réaliser les travaux et les fournitures que comporte sa mission. L'expérience est là, d'ailleurs, pour attester, selon une expression devenue lieu commun, que l'Etat est un mauvais industriel et un mauvais commerçant.

Mais si, en tous temps, l'administration est obligée de recourir aux entrepreneurs et aux fournisseurs, son attitude à l'égard de ces derniers est différente suivant le régime économique dans lequel elle est obligée d'évoluer.

En période de libéralisme économique, l' « Etat-gendarme » (1), confiné dans ses attributions essentielles de puissance publique et se désintéressant complètement de l'activité intérieure des entreprises privées, ne poursuit qu'un but dans ses relations contractuelles avec les industriels : obtenir le maximum de prestations quantitatives et qualitatives aux prix les plus avantageux pour les finances publiques. Par suite, il ne saurait être question pour lui de se préoccuper de la gestion et de la trésorerie des entreprises avec lesquelles il a traité, ni des répercussions

(1) Cfr. P. Duez : *La responsabilité de la puissance publique* (en dehors du contrat). - Dalloz, 1938, p. 9 et suiv.

que pourraient avoir sur elles leurs difficultés financières. Par définition, l'administration reste étrangère et indifférente aux considérations de cette nature : il appartient aux entrepreneurs et fournisseurs, exploitant leurs entreprises d'après le mode capitaliste, de courir leurs risques, puisqu'aussi bien ils sont seuls à bénéficier du profit résultant d'une gestion heureuse. C'est ainsi que se présentent les conditions idéales pour l'application de la règle du service fait : l'administration ne paie qu'après exécution complète et dûment vérifiée des prestations stipulées au marché. Les entrepreneurs et fournisseurs seraient mal fondés à s'élever contre cette règle, puisque, par définition, en période libérale, l'abondance des moyens monétaires et du crédit leur permet d'attendre leur paiement jusqu'à l'exécution complète de leur marché.

Tel fut le régime classique, d'ailleurs parfaitement adapté à l'époque libérale que fut le XIX^e^ siècle, de la règle du service fait et du service bien fait.

Mais, depuis le début du XX^e^ siècle et surtout depuis la première guerre mondiale, il se produisit un changement profond dans cette situation. Il n'était plus possible à l'administration de rester indifférente aux difficultés toujours plus nombreuses que rencontraient les entrepreneurs et fournisseurs pour maintenir leur trésorerie en état.

En effet, d'une part, la crise économique qui n'a fait que s'accentuer et les dévaluations successives de la monnaie nationale ont eu pour effet une raréfaction et une contraction du crédit. D'autre part, le volume croissant, jamais atteint jusque là, des commandes publiques donnait lieu à des investissements considérables de capitaux à la charge des entrepreneurs et des fournisseurs. Enfin, les pratiques administratives ainsi que l'observation rigoureuse des règles de la comptabilité publique,

entraînaient souvent de longs retards dans la constatation, l'évaluation et même le règlement du service fait.

En somme, tout semblait converger pour priver les industriels traitant avec l'Etat de leurs moyens de trésorerie : raréfaction du crédit bancaire (1), investissements exceptionnels de capitaux et lenteur de l'administration à payer les prestations fournies. De la sorte, le caractère public de leurs marchés, au lieu de leur procurer, sinon des avantages, du moins la certitude d'un règlement régulier et sûr, ne comportait plus finalement pour eux que des inconvénients croissants. Il faut y ajouter les inconvénients dus aussi bien aux règles qu'aux pratiques de l'administration : la contraction progressive du crédit bancaire n'était même plus compensée par un règlement rapide des marchés.

En effet, en raison de la vieille règle du service fait, il n'était pas possible à l'administration de payer ses entrepreneurs ou fournisseurs au fur et à mesure de l'exécution d'une partie des travaux ou des fournitures, de procéder en quelque sorte à un échelonnement du prix dans le temps, mais seulement, lorsque la totalité des prestations avait été exécutée et réceptionnée. Il résultait de la rigidité de cette règle qu'un temps assez long pouvait s'écouler entre la date de la signature du marché et la date de son paiement.

Or, les pratiques administratives venaient souvent allonger ce délai d'attente par des retards dans la constatation, l'évaluation et le règlement des prestations faisant l'objet du marché. Il convient, d'ailleurs, d'observer que ces retards se produisaient surtout à l'échelon des ordonnateurs qui, devant le montant parfois énorme des sommes investies dans les marchés, tenaient à s'entourer, dans

(1) L'exposé du problème de la distribution du crédit a fait l'objet d'un rapport général présenté, en 1937, par le Comité d'enquête sur la production au président du conseil. - *J. Off.*, 16 décembre 1937, p. 13738.

leurs opérations, de toutes les précautions, en vue de dégager leur responsabilité. Quant aux retards imputables aux comptables publics, ils étaient plus rares du fait du caractère en quelque sorte automatique de leurs opérations de paiement sur le vu des pièces délivrées par les ordonnateurs.

Les difficultés croissantes de trésorerie, engendrées par cet état de choses, entraînèrent peu à peu la faillite des petits entrepreneurs ou fournisseurs, qui, malgré la tendance à la concentration industrielle, demeuraient assez nombreux en France, et elles menacèrent progressivement de ruine les entreprises plus vastes et plus outillées. Dans ces conditions, il devint évident que l'administration n'avait rien à gagner à la disparition de ses entrepreneurs et fournisseurs et à l'hésitation des survivants à traiter avec elle. En face de cette situation, force lui fut de reviser son attitude.

Abandonnant la sérénité de la doctrine libérale, elle dut intervenir dans le domaine financier pour procurer à ses industriels co-contractants un minimum de trésorerie. Après un certain nombre de mesures empiriques aboutissant parfois à des situations assez confuses, elle fut obligée de s'orienter vers des solutions institutionnelles. En quoi elle ne fit que suivre une évolution générale qui, vers la fin du XIX^e^ siècle et depuis le début du XX^e^ siècle, se manifesta dans des domaines de plus en plus nombreux (1).

(1) Sur ce phénomène en matière administrative, cfr. Maurice HAURIOU : *Précis élémentaire de droit administratif*, 5^e^ édition - Sirey, 1943, p. 25 et suiv. : « A l'intérieur de l'institution, la situation juridique des dirigeants et des membres est réglée en tenant compte, non seulement des droits en présence, mais aussi de l'intérêt supérieur du groupe et de l'idée d'entreprise qui l'anime ».

— Cfr. en matière sociale, plus particulièrement en ce qui concerne l'évolution du contrat de travail et du syndicat : P. CUCHE et H. CAPITANT : *Précis de législation industrielle* - Dalloz, 5^e^ édition, 1939. — A. ROUAST et P. DURAND : *Précis de législation industrielle* (droit du travail). Dalloz, 1943.

Les mesures prises peuvent être classées en deux catégories : 1° les mesures directes pour accélérer le paiement des marchés et éviter des immobilisations de capitaux ; 2° les mesures indirectes ayant pour objet le financement des marchés avec le concours des établissements de crédit.

Dans la première catégorie, on peut ranger, d'une part, la réglementation sur les acomptes et les avances, et, d'autre part, les dispositions ayant pour but d'alléger le cautionnement (1).

La deuxième catégorie comprend les facilités apportées au financement des marchés de l'Etat et des collectivités publiques. S'il est évident qu'un règlement direct plus rapide des sommes dues par l'administration aux titulaires de marchés publics diminue leurs besoins de trésorerie,

— Concernant l'évolution de la société anonyme, E. GAILLARD : *La théorie institutionnelle et la société anonyme* - Lyon-1932. — G. RENARD: *La philosophie de l'institution* - Paris. Sirey, 1939. — A. PAVIOT : *La réforme des sociétés anonymes - La loi du* 16 *novembre* 1940 *et ses antécédents:* Lyon, 1941, p. 153 et suiv. — D'après ce dernier auteur, la théorie de l'institution s'est présentée, au cours des dernières dizaines d'années, comme une conception générale du droit, tendant à substituer à l'individualisme juridique dont l'obligation contractuelle, librement consentie, constituait le seul contrepoids général, une vue organique de la société, fondée sur la primauté et la réalité du groupement et ayant pour fin la conciliation des intérêts particuliers avec l'intérêt général.

(1) La réglementation de beaucoup la plus importante en la matière est contenue dans le décret du 12 décembre 1936 (*J. Off.* du 25 décembre, p. 13214), relatif à la caution personnelle et solidaire. Ce décret a autorisé la substitution du cautionnement personnel au cautionnement réel. Le cautionnement personnel présente, en effet, l'avantage d'être plus souple et mieux adapté aux progrès constants du crédit : tout en présentant les mêmes garanties, il évite des immobilisations importantes de fonds. Il convient de mentionner également : 1°) la dispense de cautionnement provisoire et définitif en faveur des sociétés d'ouvriers français lorsque l'importance du marché ne dépasse pas 200.000 francs (Décret du 4 juin 1888, modifié par les décrets des 5 octobre 1920 et 1er octobre 1931) ; 2°) les prescriptions relatives au non-cumul du cautionnement définitif ou des retenues sur acomptes d'une part, et des retenues de garantie, d'autre part (Décret-loi du 14 juin 1938, art. 1er et décret du 6 avril 1942, art. 33) ; 3°) la dispense du cautionnement provisoire en faveur des soumissionnaires admis à participer à une adjudication restreinte (Décret du 6 avril 1942, art. 31).

ces derniers ne sauraient toutefois de ce fait être supprimés. Il s'agissait donc, à côté des améliorations apportées au régime de paiement des marchés, de permettre aux entrepreneurs et fournisseurs de trouver auprès des établissements de crédit des concours plus faciles, autrement dit, de rendre bancables les opérations financières des industriels traitant avec l'administration, à l'occasion de l'exécution de leurs marchés (1).

Des améliorations furent d'abord apportées au régime du nantissement des marchés publics. L'application à ces derniers du nantissement de droit commun avait, en effet, donné lieu à de sérieuses difficultés. D'une part, une jurisprudence consulaire constante avait refusé, jusqu'à la veille de la réforme, de reconnaître la validité des affectations de marchés en nantissement, d'autre part, avec ce système, le créancier nanti courait un certain nombre de risques, notamment du fait de l'existence possible de privilèges occultes. Pour écarter ces difficultés et rendre possible la « délégation du marché » dans des conditions satisfaisantes de sécurité pour le créancier nanti ou les tiers subrogés, un régime spécial de nantissement des marchés publics de l'Etat et des collectivités publiques a été institué (2).

Le deuxième objectif à atteindre était de permettre la mobilisation des créances des entrepreneurs et fournisseurs sur l'administration et l'acceptation des traites ainsi tirées : du même coup, les banques avaient la possibilité de réescompter ces papiers à l'Institut d'émission et de financer ainsi plus libéralement les marchés publics. Or, l'incompatibilité des règles du droit commercial et de la comptabilité publique s'opposait à ce que l'administration

(1) Cfr. J. HAMEL : *Banques et opérations de banque.* t. II, 1943, N° 964, p. 546 et suiv.

(2) Ce fut l'objet du décret-loi du 30 octobre 1935 (*J. Off.* du 31 octobre, p. 11440), complété par celui du 25 août 1937 (*J. Off.* du 26 août, p. 9778). — Cfr. également les décrets-lois des 2 mai 1938 (*J. Off.* du 3 mai, p. 4060) et 14 juin 1938 (*J. Off.* du 17 juin, p. 6872).

apposât sa signature au bas de papiers commerciaux relatifs aux marchés passés par elle. La difficulté fut tournée par la création de la « Caisse Nationale des marchés de l'Etat, des collectivités et établissements publics » (1). Soumis aux règles du droit commercial et spécialisé dans le financement des marchés publics, cet organisme central a pour mission d'être l'intermédiaire entre l'administration, les industriels et les établissements de crédit pour la mobilisation des marchés publics (2).

(1) Cfr. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 559 et suiv.

(2) Créée par la loi du 19 août 1936 (*J. Off.* du 19 août, p. 8990), la caisse est un établissement public possédant la personnalité civile et l'autonomie financière. Ses opérations consistent en avals, qui permettent aux banques de mobiliser les avances qu'elles consentent aux bénéficiaires de marchés, et en acceptations, qui mettent les titulaires de marchés en mesure de mobiliser, dans les conditions les moins onéreuses, leurs créances sur l'administration.

La loi autorise également cet établissement à faire des avances directes aux titulaires de marchés publics, mais il ne semble guère avoir été fait usage de cette autorisation jusqu'ici.

A la suite des événements de juin 1940, la caisse a reçu un certain nombre d'autres attributions.

C'est ainsi que la loi du 12 septembre 1940 (*J. Off.* du 13 septembre, p. 4982), modifiée par celle du 15 novembre suivant (*J. Off.* du 10 décembre, p. 6039), l'a chargée d'intervenir, dans le cadre des opérations de crédit qui lui incombent, pour faciliter la liquidation des marchés passés par l'Etat pour les besoins de la défense nationale visés par la loi du 20 juillet 1940 (*J. Off.* du 26 juillet, p. 4577), relative à la résiliation et à la liquidation desdits marchés.

Une loi du 12 septembre 1940 (*J. Off.* du 13 septembre, p. 4980), a habilité la caisse à intervenir pour faciliter le financement des fabrications de démarrage et des productions faisant l'objet de « lettres d'agrément » du Ministre, Secrétaire d'Etat à la Production Industrielle et au Travail.

D'autre part, cet établissement a été autorisé à financer les stocks de sécurité entreposés à la diligence du Ministre de l'Agriculture et du Ravitaillement.

Enfin, à la suite des événements de novembre 1942, une loi n° 171 du 25 mars 1943 (*J. Off.* du 1er avril, p. 923), a autorisé la caisse à accepter, avaliser ou endosser tous effets de commerce afférents à la mobilisation des créances résultant des prestations de fournitures et de travaux effectués pour le compte ou sur l'ordre : 1°) de l'Etat et des établissements publics de l'Etat ; 2°) de l'Algérie, des colonies, pays de protectorat, territoires sous mandat et des collectivités et établissements publics de ces diverses possessions ; 3°) des entreprises concessionnaires ou subventionnées assurant un service public relevant des collectivités et établissements visés sous 2°, et dont le règlement est suspendu en raison de l'interruption des relations entre la métropole et les territoires d'outre-mer.

L'établissement d'un régime spécial du nantissement des marchés publics et la création de la Caisse Nationale des marchés de l'Etat, des collectivités et établissements publics constituent les mesures *indirectes* prises par l'administration pour faciliter auprès des établissements de crédit le financement des marchés.

Etant donné que ce mécanisme de crédit a déjà fait l'objet de quelques études (1), nous nous proposons d'examiner dans ce travail comment l'administration, au moyen de la combinaison des acomptes et des avances, qui constitue une innovation considérable dans notre droit public financier, a contribué *directement* à faciliter la trésorerie de ses entrepreneurs et fournisseurs (2).

Nous exposerons d'abord l'évolution des acomptes et des avances à partir de la règle du service fait jusqu'à l'intervention de la réforme de 1938-39. Nous examinerons ensuite la nature juridique des acomptes et des avances ainsi que la technique de la réforme de 1938-39 en la matière. Nous tenterons enfin de dégager jusqu'à quel point cette réforme a donné tous les résultats qu'on pouvait en attendre.

---

(1) Cfr. trois thèses, Paris : J. VALLET : *Le crédit et le financement des marchés de travaux et de fournitures. — La Caisse Nationale des marchés*, 1938. — J. F. PÉCRESSE : *La Caisse Nationale des marchés de l'Etat, des collectivités et établissements publics*, 1938. — J. HIRSCH : *Le financement des marchés publics*, 1941.

(2) La matière des acomptes et des avances, procédés de financement direct par excellence, a été peu ou même point étudiée, en dépit de son importance pratique considérable ; aussi n'est-il pas de bibliographie à en donner, outre les quelques pages où il en est, à notre connaissance, question dans la doctrine. Cfr. G. JÈZE : Théorie générale des contrats de l'administration, *Revue du Droit Public*, 1925, p. 278 et suiv. ; 1933, p. 294 et suiv. ; 573 et suiv. ; 1934, p. 571 et suiv. — M. BONNARD : *Précis de dr. admin.*, 3e éd., 1941, p. 641 à 643. — J. HAMEL : *Banques et opérations de banque*, t. II, 1943, n° 964, p. 546 et suiv.

TITRE I

L'ÉVOLUTION DES ACOMPTES ET DES AVANCES JUSQU'A LA RÉFORME DE 1938—39

CHAPITRE PREMIER

LA REGLE DU SERVICE FAIT

L'administration ne peut payer le prix d'un marché qu'en respectant rigoureusement les règles de la comptabilité publique. Or, c'est un principe fondamental de notre droit public financier qu'aucun payement ne peut avoir lieu que sur justification du service fait. Ce principe est formellement consacré par le décret du 31 mai 1862, qui dispose, dans son article 13, qu' « aucun marché, aucune convention pour travaux et fournitures ne doit stipuler d'acompte que pour service fait ».

Il suit de là que ce principe est d'ordre public et s'impose à l'administration dans toutes ses opérations de paiement : s'il arrive que certains marchés ou cahiers des clauses et conditions générales le mentionnent, il n'en est pas moins vrai que ce rappel n'est nullement indispensable.

L'application rigoureuse de la règle du service fait aboutit aux conséquences suivantes :

1° — Les entrepreneurs et fournisseurs ne peuvent recevoir le prix de leurs prestations qu'après exécution complète de la totalité de celles-ci : il ne saurait donc être question d'acomptes.

2° — Il leur est encore moins possible de bénéficier d'avances, car il n'est pas dans la mission de l'administration de jouer vis-à-vis d'eux le rôle de banquier en leur

avançant des fonds, alors que les prestations faisant l'objet de leurs marchés ne sont pas encore exécutées.

Tel est le principe dans toute sa rigueur.

Il est vrai qu'il était parfaitement adapté à l'époque à laquelle il a été proclamé. Au milieu du XIXe siècle, en plein essor du libéralisme économique, il appartenait aux industriels de s'assurer leur trésorerie d'après la loi de l'offre et de la demande du marché monétaire ou financier. Quant à l'Etat, complètement étranger à ces considérations bancaires, ce qui lui importait, c'était que les prestations assumées par ses entrepreneurs ou fournisseurs fussent accomplies dans les délais et conditions du contrat, alors maître souverain, afin de pouvoir assurer la marche de ses grands services publics.

Cependant, si les besoins de trésorerie ont pu être satisfaits pendant une période assez longue par le seul recours aux moyens du crédit privé, c'est que, d'une part, la stabilité monétaire et l'état économique du pays le permettaient (1), et, d'autre part, le volume des investissements et des travaux était loin d'approcher celui qui a pu être observé, en progression constante, depuis le début du XXe siècle.

Mais bientôt la règle du service fait dut subir, sous la pression des événements tant économiques que politiques, des assouplissements progressifs pour le moins imprévus de ses rédacteurs. Il est apparu rapidement qu'en maintenant dans toute sa rigueur la règle du service fait, l'administration risquait, d'une part, de ne pas trouver d'industriels co-contractants, du moins pour ceux des tra-

(1) Nous n'en retiendrons comme preuve que la mémorable baisse des prix qui s'est produite jusqu'à la fin du XIXe siècle, et qui, non seulement ne s'est plus reproduite depuis lors, mais s'est transformée — on a trop tendance à l'oublier — en une hausse progressive et inquiétante. Cfr. A. AFTALION : *Monnaie, Prix et Change*. Sirey - 1940, p. 12 et suiv. — P. REBOUD : *Précis d'écon. polit.* — DALLOZ, 8e éd., 1939, t. I, p. 473 et suiv.

vaux ou fournitures qui nécessitent des investissements importants de capitaux, et, d'autre part, elle était en définitive seule à supporter le poids des difficultés de trésorerie de ses entrepreneurs ou fournisseurs, qui se traduisaient finalement par une majoration des prix.

C'est la cause d'une pratique et la raison de toute une politique désignée en France sous le nom de financement et qui consiste à mettre à la disposition d'une entreprise, pour ses opérations de commerce ou de travaux publics, les ressources nécessaires à leurs réalisation (1).

Mais avant d'aborder l'étude proprement dite de l'évolution des acomptes et des avances, il convient d'observer que cet assouplissement n'a nullement modifié le principe de la retenue de garantie. Il est, en effet, normal que l'administration, qui ne doit payer que le « service bien fait », prenne une garantie de bonne exécution des prestations faisant l'objet du marché, quelles que soient les modalités de paiement du prix (2). Etant donné que le montant de la retenue de garantie ne s'élève en principe qu'au 1/10e du prix du marché, les entrepreneurs ou fournisseurs pourraient difficilement prétendre qu'elle constitue une gêne sérieuse dans leur trésorerie.

L'évolution des acomptes et des avances ayant été différente en matière de travaux publics et en matière de fournitures, nous examinerons successivement ces deux procédés de paiement dans les deux domaines.

---

(1) Cfr. J. Hamel, *op. cit.*, t. II, p. 375, note.

(2) Pour les travaux publics, le cahier des clauses et conditions générales stipule toujours expressément un délai de garantie, pendant lequel l'entrepreneur reste responsable. De même, en matière de fournitures, si la qualité de celles-ci ne peut être complètement vérifiée lors de la réception et si un délai de garantie est stipulé, il est fait une retenue de garantie. Cfr. Cons. d'Et., 27 juillet 1894, Auboyer, Leb. chron., p. 522.

CHAPITRE II

L'EVOLUTION DANS LES MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS

La pratique des acomptes s'est installée en premier lieu dans la matière des travaux publics où, par suite sans doute de l'importance des capitaux nécessaires à l'exécution de ces derniers, les difficultés de trésorerie se sont fait sentir plus rapidement. C'est ainsi que, de bonne heure, les cahiers des clauses et conditions générales et les règlement de comptabilité publique ont consacré ce procédé de paiement.

Dans ce domaine, l'application rigoureuse de la règle du service fait prescrivait à l'administration de ne payer l'entrepreneur qu'après achèvement complet de son ouvrage. Or, si l'on considère les différentes phases que comporte l'exécution d'un travail public — réception provisoire, délai de garantie, réception définitive — et si l'on y ajoute les différentes opérations administratives et comptables nécessaires au paiement et qui ne peuvent être effectuées qu'après la réception définitive — engagement de la dépense, liquidation, ordonnancement ou mandatement et finalement paiement par le comptable public —, on constate qu'un temps assez long peut s'écouler entre le commencement des travaux et leur paiement. Mais, pendant tout ce temps, l'entrepreneur est obligé de faire

l'avance des fonds pour assurer la régularité dans l'exécution de ses prestations. Si, d'une manière quelconque, il éprouve des difficultés pour se procurer le crédit nécessaire auprès des établissement bancaires et, *a fortiori*, s'il se voit refuser par ces derniers les avances sollicitées, il se trouve gêné dans sa trésorerie. Devant cette situation, devenue d'autant plus fréquente que les circonstances économiques s'aggravèrent et d'ailleurs préjudiciable aussi bien à l'administration qu'à l'entrepreneur, force fut à cette dernière de recourir à un moyen de paiement plus rapide.

C'est ainsi qu'elle fut amenée à considérer l'ouvrage public, du point de vue financier, non plus comme un « tout indivisible », comme un « seul service », qui ne peut être payé qu'après son exécution totale, mais comme un « ensemble de travaux partiels », un « ensemble de services », dont chacun pourra être payé dès son exécution, sans attendre l'achèvement total de l'ouvrage (1).

Au point de vue juridique, il est évident que l'ouvrage n'est pas achevé, car l'indivisibilité est de rigueur. Mais au point de vue financier et des règles de la comptabilité publique, il est possible d'admettre qu'il y a service fait. En effet, le but essentiel de la règle du service fait est de ne pas permettre de sortie de fonds publics sans qu'il y ait une contre-prestation équivalente, dûment justifiée au préalable. Rien ne s'oppose donc à ce que l'administration considère comme service fait, une partie déterminée de l'ouvrage et paie à l'entrepreneur le prix correspondant : qui peut le plus, peut le moins.

Il résulte de ce qui précède que la régularité du paiement partiel du prix est subordonnée à deux conditions :

a) que l'administration constate, au fur et à mesure

(1) Cfr. G. JÈZE, Les contrats administratifs, *Revue du Droit Public*, 1933, p. 575.

de l'avancement des travaux, que telle ou telle partie de l'ouvrage est achevée et présente toutes les caractéristiques du service fait ; *b*) que le paiement envisagé soit strictement équivalent à la prestation reconnue.

La réalisation de ces conditions rend donc parfaitement régulier le paiement d'un acompte au regard des prescriptions de la comptabilité publique.

Cette « combinaison financière », selon l'expression du professeur JÈZE, a abouti ainsi, par une extension ingénieuse de la notion du service fait, à plusieurs catégories d'acomptes.

A) ACOMPTES SUR TRAVAUX EXÉCUTÉS. — Ce sont des paiements partiels correspondant à l'exécution dûment constatée de certaines parties de l'ouvrage public. Ils sont parfaitement réguliers et les cahiers des clauses et conditions générales contiennent couramment des clauses à leur sujet.

B) ACOMPTES SUR MATÉRIAUX APPROVISIONNÉS. — La justification du procédé des acomptes pour les travaux partiellement exécutés devait entraîner logiquement l'extension de la notion du service fait à une nouvelle hypothèse. L'entrepreneur, pour exécuter ses travaux, est dans l'obligation d'acquérir au préalable des matériaux et d'en « approvisionner » ses chantiers. Cette acquisition l'oblige à exposer des sommes importantes qu'il devra souvent emprunter à des conditions onéreuses. Fallait-il le faire attendre, pour rentrer dans ses fonds, que l'administration lui réglât les travaux partiellement exécutés ? N'y avait-il pas intérêt à le faire bénéficier immédiatement, dès l'approvisionnement de ses chantiers, de l'acompte qui devait lui être versé de toutes façons après l'exécution de la partie de l'ouvrage considérée ?

Evidemment, l'intérêt de l'administration comme de l'entrepreneur commandait cette solution, mais se heurtait au principe fondamental du service fait. Le nouveau procédé d'acompte fut alors justifié par l'assimilation de « l'approvisionnement en matériaux » aux travaux partiellement exécutés : ainsi on aboutissait également à un service partiellement fait pouvant comporter un paiement correspondant. On a tourné la règle en voulant la respecter et, comme le fait remarquer judicieusement le professeur JÈZE, « pour calmer les susceptibilités des comptables, on a appelé les versements de l'administration des acomptes » (1).

Ces nouveaux acomptes entrèrent très vite dans l'usage administratif. Cependant, ils ne furent pas pratiqués universellement. Alors que, par exemple, le cahier des clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées les admet, celui des Chemins Vicinaux les passe sous silence.

C) ACOMPTES SUR OUTILLAGE. — Ils sont le fait d'une nouvelle extension de la notion du service fait opérée par une circulaire du 17 janvier 1920 du ministère des travaux publics : « Il pourra être stipulé que, si l'entrepreneur fait emploi d'un outillage mécanique nécessitant d'importantes avances de fonds, des acomptes au titre des approvisionnements pourront lui être alloués sur la valeur de cet outillage ». De l'avis du professeur JÈZE (2) — et c'est le nôtre également — cette extension du régime des acomptes au cas d'acquisition d'outillages mécaniques, par une simple interprétation extensive de la clause du cahier des clauses et conditions générales prévoyant les acomptes sur matériaux approvisionnés, prête

(1) Cfr. G. JÈZE: Les contrats administratifs, *Revue du Droit Public*, 1933, p. 293.

(2) *Ibid.*, p. 296.

à critiques. En effet, c'est uniquement en vue de l'exécution de son marché que l'entrepreneur fait l'acquisition d'un outillage qui n'est, par conséquent, pas susceptible d'être intégré dans l'objet même du marché et reste la propriété de l'entrepreneur. Etant donné que l'administration n'en est et n'en sera pas propriétaire, les acomptes versés par elle à ce titre ne sauraient être considérés comme des paiements partiels du prix de l'ouvrage. De tels acomptes sur outillage ne peuvent donc être rattachés à la règle du service fait, qui s'oppose à leur paiement; en réalité, ce sont des avances, au sens et du type du décret du 19 mars 1939 (1).

C'est dans ces conditions que l'extension progressive de la division des travaux publics en parties a donné lieu, d'une part, aux acomptes sur tavaux exécutés et, d'autre part, aux acomptes sur matériaux approvisionnés. L'administration n'a pas poussé dans cette voie jusqu'aux avances. Aussi bien, ces deux procédés d'acomptes possédaient la souplesse suffisante pour permettre de satisfaire, en temps voulu, aux besoins de trésorerie des entrepreneurs. La nécessité de recourir aux avances se faisait d'autant moins sentir dans ce domaine que les cahiers des clauses et conditions générales prévoyaient l'allocation des acomptes à des intervalles assez rapprochés. Ainsi, le cahier des clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées admettait les paiements d'acomptes tous les mois (2); celui de la Guerre (travaux), tous les deux mois (3). D'au-

(1) Infra p. 81.

(2) Art. 44 : « Les paiements d'acomptes s'effectuent tous les mois, en raison de la situation des travaux exécutés, sauf retenue d'un 1/10e pour garantie. Il est, en outre, délivré des acomptes sur le prix des matériaux approvisionnés sur les chantiers... ».

(3) Art. 44 : « Tous les deux mois, en principe, et plus souvent, si des règlements spéciaux à certaines catégories d'entreprises le prescrivent ou si l'administration le juge utile, l'entrepreneur reçoit des acomptes sur la production de certificats dans lesquels le chef du service évalue l'importance des travaux exécutés et des approvisionnements réalisés sur les chantiers... ».

tre part, la nature même de l'ouvrage public permettait aisément la constatation du service fait, au fur et à mesure de l'avancement des travaux, et le versement des sommes correspondantes à l'entrepreneur, sous réserve de la retenue de garantie. Dès lors, le recours au procédé des avances était inutile.

Il n'en fut pas de même en matière de fournitures, où, à côté des acomptes, apparurent rapidement plusieurs espèces d'avances.

CHAPITRE III

L'EVOLUTION DANS LES MARCHES DE FOURNITURES

Le processus ayant abouti, en matière de fournitures, à fractionner le prix des prestations est absolument identique à celui analysé à propos des travaux publics.

Une seule différence est à noter : dans le domaine des fournitures, l'extension progressive de la notion du service fait a été poussée jusqu'aux avances, alors que les travaux publics n'ont donné lieu qu'à la pratique des acomptes.

Il convient également d'observer que le terme « acompte » n'a pas toujours été employé uniformément par toutes les administrations. Le département de la marine use volontiers de l'expression : « paiements par termes échelonnés » ; terminologie fâcheuse, à la fois longue et imprécise, qui semble viser des « paiements successifs à date fixe » (1). Cependant, il n'en est rien, car le cahier des clauses et conditions générales de la marine a soin de préciser que cette formule désigne bien les acomptes : « le montant de chaque terme correspond toujours à un service fait » (2), par où il apparaît qu'il ne s'agit pas simplement de l'échéance d'une date fixe.

(1) Cfr. G. Jèze : *Revue du Droit Public*, 1934, p. 575.

(2) Cfr. Cahier des C.C.G. de la marine, art. 62, § 2, al. 2.

SECTION I

Les Acomptes

§ 1er. — *Acomptes pour fournitures partiellement livrées*

Lorsqu'une fourniture est importante, le fournisseur doit résoudre les mêmes problèmes de trésorerie que l'entrepreneur de travaux publics. Comme à l'égard de celui-ci, il a été admis que, du point de vue financier, la fourniture ne constituait pas nécessairement un tout indivisible, un service unique ne pouvant être payé qu'après l'exécution totale du marché, mais était susceptible d'être régulièrement décomposée en fournitures partielles payables au fur et à mesure de leur livraison. En vertu de ce principe, le versement d'un acompte pour la livraison d'une fourniture partielle devenait une opération parfaitement régulière au point de vue financier et au regard des règles de la comptabilité publique, à condition toutefois que l'administration reconnût la fourniture partielle en cause comme service fait et que le montant de l'acompte fût strictement équivalent à la prestation reconnue.

Cependant, ces acomptes sont nettement distincts de deux autres procédés de paiement admis parfois dans certains cahiers des clauses et conditions générales. Il s'agit des règlements des lots et des règlements pour service d'un exercice (1).

(1) Il y a *règlements des lots*, lorsque le fournisseur, titulaire de plusieurs lots, a droit, sur sa demande, au cours de l'exercice, à leur règlement définitif, au fur et à mesure de l'achèvement des services ou des livraisons qu'ils concernent (Cahier des C.C.G. de la guerre - fournitures - du 21 novembre 1932, art 69, § 2). Il ne saurait être question dans cette hypothèse d'appliquer le régime des acomptes qui ne s'entend que pour marchés libres de lots préétablis. Ordinairement les cahiers des clauses et conditions générales comportent les précisions et différenciations nécessaires à ce sujet; toutefois, l'absence de celles-ci ne mo-

§ 2. — *Acomptes pour matériel approvisionné ou travaillé en usine*

L'assouplissement de la règle du service fait a été adopté dans cette nouvelle hypothèse pour les mêmes raisons qu'au cas de travaux publics. Lorsque le fournisseur doit exécuter un marché important, il se voit souvent dans l'obligation soit d'acheter soit de travailler en usine le matériel nécessaire à la fabrication de ses fournitures et d'effectuer des débours élevés. Il importait de l'admettre, dès la réalisation de ce matériel, au bénéfice du régime des acomptes. Mais, tandis que pour les travaux publics ce procédé de paiement était courant, il n'a jamais perdu, en matière de fournitures, son caractère exceptionnel qui n'a été que davantage retenu et affirmé : seule l'administration de la guerre l'a pratiqué en prenant, d'ailleurs, soin de préciser sa portée extraordinaire, à raison des difficultés rencontrées auprès des établissements de crédit.

Cette extension a été effectuée par étapes, retouches et distinctions successives. La première formule a été adoptée, pendant la guerre 1914-1918, par le décret du 21 janvier 1916 (1), pour le cas de mobilisation. Antérieurement, un décret du 20 décembre 1914 (2) avait déjà permis de faciliter la trésorerie des fournisseurs au titre des « achats de matières », mais par le procédé des avances.

difierait en rien le régime propre des règlements des lots qui ont un caractère définitif. — Les *règlements pour services d'un exercice* supposent que l'exécution d'un marché de fournitures s'étend sur plusieurs exercices et qu'aux termes des cahiers des clauses et conditions générales, les services de chaque exercice constituent autant de parties distinctes donnant lieu à un règlement définitif spécial (Cahier des C.C.G. de la guerre - fournitures - précité, art. 69, § 8).

Toutefois, pas plus que dans l'hypothèse précédente, le régime juridique applicable ne saurait être celui des acomptes proprement dits.

(1) *J. Off.* du 23, p. 624.

(2) *J. Off.* du 24, p. 9316. Ce décret a été abrogé par celui du 21 janvier 1916.

Le décret du 21 janvier 1916, intervenu pour mettre un terme aux abus nés d'interprétations trop libérales des décrets des 20 décembre 1914 et 27 mars 1915 (1), ayant autorisé l'attribution des avances (2), distingue, d'une part, les *avances* consenties aux fournisseurs pour l'achat de matières dont ils doivent acquitter tout ou partie du prix avant livraison et, d'autre part, les *acomptes* versés pour approvisionnement de matières effectivement payées ainsi que pour paiement de salaires.

A la vérité, les acomptes pour paiement de salaires étaient mal dénommés, car ils constituent, en réalité, des avances. En effet, ils ne représentent en aucune manière une fraction du prix d'une marchandise vendue et ne correspondent à aucun transfert équivalent de propriété à l'administration. D'ailleurs, cette catégorie d'avances a été

(1) *J. Off.* des 24 décembre 1914, p. 9316 et 28 mars 1915, p. 1671.

(2) Cfr. son préambule : « L'expérience a fait ressortir que les termes trop généraux dans lesquels sont conçus les décrets précités (20 décembre 1914 et 27 mars 1915), avaient donné lieu à des abus... Nous avons donc pensé qu'il était nécessaire de restreindre la délivrance des avances aux cas où celle-ci paraît réellement indispensable, c'est-à-dire à ceux où les fournisseurs sont obligés, pour se procurer des matières premières, d'en acquitter le montant avant d'avoir pu en prendre livraison dans leurs usines. Pour les autres cas, il a semblé qu'il suffirait de rendre moins étroites, les règles qui président actuellement aux paiements d'acomptes pour services faits.

En l'état actuel de la réglementation, le service relatif à un marché de fournitures n'est considéré comme fait qu'à la réception de tout ou partie de ces fournitures. Il nous a paru que, pendant la durée des hostilités, on pouvait autoriser exceptionnellement la délivrance d'acomptes, dès que le fournisseur justifierait avoir, pour l'exécution de son marché, soit acquitté des dépenses de main-d'œuvre, soit réalisé et payé des approvisionnements de matières premières. Quant aux avances consenties pour les matières que les fournisseurs ont dû payer avant d'en prendre livraison, elles seront transformées en paiement d'acomptes, dès que le fournisseur aura justifié de la réception de ces matières dans son usine... Ces dispositions nous paraissent de nature à concilier dans toute la mesure du possible, les intérêts des finances publiques avec les nécessités de la production des fournitures intéressant le ministère de la guerre ».

En somme, le décret de 1916 a réduit au minimum les cas d'allocation d'avances, en raison des abus qui s'étaient produits.

expressément réglementée plus tard, sous une forme nouvelle, par le décret du 19 mars 1939 (1).

Quant aux acomptes, à proprement parler, pour « approvisionnement de matières effectivement payées par les fournisseurs », le décret de 1916 en établit le régime, en abrogeant les règlements antérieurs et en insérant des dispositions spéciales, pour le cas de mobilisation, dans l'article 143 du décret du 3 avril 1869 sur la comptabilité des dépenses du ministère de la guerre (2) : « En cas de mobilisation générale, il peut être délivré, avant toute livraison, des acomptes aux titulaires des marchés de fournitures, qui justifieront avoir fait, pour l'exécution de leur marché, des approvisionnements de matières premières effectivement payées par eux... La délivrance de ces acomptes ne pourra avoir lieu que si elle a été expressément stipulée dans le marché. A compter de la remise au fournisseur du mandat d'acompte, les matières approvisionnées, qui ont donné lieu à la délivrance de cet acompte, deviennent la propriété exclusive du ministère de la guerre ».

La disposition extensive de la notion du service fait était particulièrement hardie et d'autant plus remarquable que le décret du 21 janvier 1916, par des prescriptions restrictives, transformait en acomptes les opérations financières mêmes que celui du 20 décembre 1914 avait autorisées sous forme d'avances.

Après la guerre 1914-18, le cahier des clauses et conditions générales (fournitures) de la guerre a prévu le versement en tout temps (paix ou guerre) des acomptes pour matériel approvisionné ou travaillé en usine, mais en soulignant le caractère exceptionnel du procédé qui est subordonné, d'une part, à une stipulation expresse dans le marché ou au cahier des charges spéciales et, d'autre

(1) *J. Off.* des 21 mars 1939, p. 3685 et 15 octobre 1939, p. 12339.

(2) Cfr. *Bull. Off.* du ministère de la guerre, éd. méth. vol. 24.

part, à l'insertion d'une clause spéciale prévoyant la constitution obligatoire d'une sûreté par l'entrepreneur sous forme d'une caution personnelle et solidaire (1).

L'instruction du 5 avril 1933 relative aux marchés du département de la guerre, article 98, en a précisé la procédure et les précautions à prendre pour constituer ce matériel en gage de la créance de l'administration :

« Lorsqu'il y a lieu, les cahiers des charges spéciales peuvent prévoir la délivrance d'acomptes pour du matériel approvisionné ou travaillé en usine, en vue de l'exécution du marché, mais non encore livré. La délivrance d'acomptes de cette nature est subordonnée à l'agrément par le chef de service d'une caution personnelle présentée par l'entrepreneur. Dans le cas où les renseignements recueillis sur place ne lui permettent pas de juger en toute certitude de la solidité des garanties offertes par la caution qui lui est présentée, le chef de service ne doit donner son agrément qu'après en avoir référé à l'administration centrale. Lorsque le chef de service agrée directement une caution personnelle, il en rend compte à l'administration centrale, si le montant des acomptes délivrés doit être égal ou supérieur à 500.000 francs. — Cette caution doit s'engager, solidairement, avec le titulaire du marché, à garantir, le cas échéant, le remboursement desdits acomptes; son acceptation par l'administration ne dispense pas l'entrepreneur de l'obligation de fournir un cautionnement, s'il y a lieu. Lorsqu'il a été constitué une caution pour l'exécution générale du marché, cette caution pourra être admise à contracter l'engagement spécial visé ci-dessus. — En cas d'allocation d'acompte, le service local fait immédiatement apposer, toutes les fois qu'il est possible, une marque officielle sur le matériel approvisionné ou sur les pièces ache-

(1) Cfr. Cahier des C.C.G. (fournitures) de la guerre, art. 51, al. 5 et l'instruction du 5 avril 1933 relative aux marchés du département de la guerre, art. 98.

vées et non assemblées, afin de montrer leur affectation spéciale (1). — Il est spécifié dans les cahiers des charges spéciales que l'apposition de cette marque n'engage l'administration, ni au point de vue des risques qui restent à la charge de l'entrepreneur, ni au point de vue de l'acceptation ultérieure des matériaux ou pièces marqués » (2).

En temps de paix, seul le département de la guerre a utilisé ce procédé de paiement, après l'avoir réglementé strictement : les autres administrations publiques ne l'ont pas employé, non plus que celui des avances comportant, par définition, des versements sans service encore fait. L'inscription dans un marché d'une clause d'avances aurait constitué une violation grave d'un principe fondamental du droit public financier. Même si cette clause avait été juridiquement valable — ce qui est très contestable — l'obligation serait demeurée stricte de l'ordonnateur et du payeur de refuser d'ordonnancer et de payer cette avance (3). En réalité, le procédé des avances, qui constitue une dérogation à la règle du service fait, n'est possible qu'en vertu de textes spéciaux autorisant son emploi dans des circonstances difficiles, comme ce fut le cas pendant la première guerre mondiale.

---

(1) Cfr. sur cette individualisation des matériaux et le stockage dans des locaux déterminés, ayant pour but et résultat d'en transférer vis-à-vis des tiers la propriété à l'administration : G. JÈZE : *op. cit.*, p. 305.

(2) D'après cette même instruction, les dispositions ci-dessus s'appliquent également aux matériaux approvisionnés hors des chantiers en vue de l'exécution des marchés de travaux, « lorsque les approvisionnements sont réalisés dans les chantiers particuliers et usines de l'entrepreneur — et exceptionnellement, lorsqu'ils le sont dans les chantiers et usines de ses fournisseurs ». Par contre, elles ne s'appliquent pas à ceux réalisés sur les chantiers de travaux publics proprement dits, pour lesquels des acomptes peuvent être payés sans clause du cahier des charges spéciales et sans agrément d'une caution personnelle.

(3) Cfr. G. JÈZE, *op. et loc. citt.* ; *a contrario*, Cons. d'Et. 6 déc. 1907, Leb. chr., p. 912.

SECTION II

Les Avances

En temps de crise, et plus spécialement en temps de guerre, l'administration s'est vue dans l'obligation, pour réaliser l'énorme matériel indispensable aux grands services publics et à la défense nationale, de faire appel à un nombre considérable de fournisseurs et, par la force des choses, de se constituer leur banquier. De là le régime des avances, à double phase, avant et après le décret du 21 janvier 1916 (1).

§ 1er - *Les mesures des années* 1914 *et* 1915.

1. Avances pour achat de matières et paiement de salaires

Trois circulaires ministérielles des 16 (Guerre), 24 (Finances) et 27 (Marine) août 1914 témoignent de la hâte comme du souci de pourvoir, au moyen d'avances, à l'exécution rapide des marchés de ces départements et aux besoins les plus urgents de la défense nationale. Un décret du 20 décembre 1914 (2) vint consolider et réglementer ces mesures de la première heure, par modification des articles 141 et 142 du règlement du 3 avril 1869 sur la comptabilité des dépenses du département de la guerre. En même temps qu'il autorisait cette catégorie d'avances, il en fixa le montant maximum, le mode de régularisation (précompte sur

(1) Cfr. sur les circonstances ayant, dès le principe, déterminé ce régime, les rapports Albert Metin au nom de la Commission du Budget, Ch. Dép., 25 mars 1915 (*J. Off.*, doc. parl. n° 784, p. 23 et suiv), 16 septembre 1915 (*ib.*, n° 1275, p. 46); Raoul Péret, 18 avril 1916 (*ib.*, n° 2076).

(2) *J. Off.* du 24, p. 9316.

les mandats d'acompte pour service fait ou de paiement pour solde) et les conditions de renouvellement au fur et à mesure de la justification du service fait (1).

L'introduction du procédé constituait une innovation considérable. Après un long et constant refus, l'Etat se substituait aux établissements de crédit pour faciliter lui-même, sur ses propres fonds, la trésorerie de ses fournisseurs. Il n'est pas sans intérêt de noter qu'il allait même en l'occurrence au-delà de ce qu'avait demandé précédemment le syndicat des entrepreneurs en matière de travaux publics : la requête de ce dernier tendait modestement à l'octroi d'*acomptes* aux entrepreneurs pour tous les matériaux approvisionnés, qu'ils fussent ou non à pied d'œuvre et spécialement pour les matériaux approvisionnés sur carrière ou dans les usines. L'administration, en l'absence de textes l'y autorisant, avait rejeté la demande; brusquement, elle s'y décida eu égard aux nécessités de la défense nationale et à la crise du crédit (2).

Un décret du 27 mars 1915 (3) alla même jusqu'à autoriser l'attribution d'avances aux fournisseurs de l'étranger : « Pendant la durée des hostilités et jusqu'à la clôture de l'exercice au cours duquel elles prendront fin, les ministres pourront, après entente avec le ministre des finances, faire acquitter, au moyen d'avances, dans les conditions prévues aux articles ci-après, les dépenses effectuées à l'étranger, dont le paiement ne peut être différé jusqu'à la production des pièces justificatives ».

Enfin, un décret du même jour (4) augmenta pour la

(1) Les dispositions de ce texte furent abrogées par le décret du 21 janvier 1916. Cfr. infra.

(2) Cfr. G. JÈZE : *Revue du droit public*, 1925, p. 281 et suiv. — PORÉE et CUENOT : *Des entreprises de travaux publics*, n° 574.

(3) *J. Off.* du 28, p. 1672.

(4) *J. Off.* du 28 mars 1915, p. 1671. — Abrogé et remplacé par celui du 21 janvier 1916, Cfr. infra.

durée des hostilités, le montant des avances que pouvait consentir aux fournisseurs le ministère de la guerre pour achats de matières premières ou pour paiement de salaires.

2. Avances pour création et développement d'outillages

Les nécessités de la guerre amenèrent bientôt l'administration à étendre, par décret du 15 juillet 1915 (1), pour la durée des hostilités, l'allocation d'avances aux fournisseurs du département de la guerre pour création ou développement des outillages indispensables à l'exécution des commandes faites à l'industrie nationale. Les conditions exigées furent la détermination dans les contrats approuvés par le ministre de la guerre, pour chaque cas, du montant des avances, ainsi que des conditions de leur emploi; la production par l'ordonnateur de certificats d'exécution des achats ou travaux correspondants dans les deux mois du versement de l'avance; enfin, la certification par l'ordonnateur, lors du paiement du solde du marché, de l'exécution de toutes les autres conditions prévues au marché.

Etant donné que de telles avances pouvaient atteindre des montants considérables, l'Etat devenait véritablement, suivant l'expression du professeur JÈZE, « l'associé de son fournisseur ». Aussi le législateur est-il intervenu, d'une part, pour déclarer impossible la généralisation du procédé de l'Etat banquier de ses fournisseurs et, d'autre part, pour limiter étroitement ce nouveau rôle exceptionnel de l'Etat. Tel fut l'objet de la loi du 28 septembre 1915, article 9 (2). En raison de l'importance des sommes enga-

(1) *J. Off.* du 17 juillet 1915, p. 4859. — Abrogé et remplacé par le décret du 17 février 1916. Cfr. infra.

(2) *J. Off.* du 29, p. 6916 : « La délivrance exceptionnelle aux fournisseurs de l'administration de la guerre des avances qui peuvent être nécessaires à la création et au développement de l'outillage indispensable à l'exécution des commandes faites à l'industrie nationale, est

gées, il était logique que la loi assurât à l'Etat les mêmes avantages pécuniaires et les sûretés de remboursement qu'aurait revendiqués un associé ou un banquier ordinaire.

D'une part, le législateur prescrivit l'inscription dans le contrat d'avances d'un intérêt annuel à la charge du fournisseur bénéficiaire. D'autre part, il exigea des garanties de remboursement sous la forme, soit d'une inscription hypothécaire, soit d'un nantissement. Enfin, tirant une dernière conséquence du nouveau procédé d'avances, il imposa l'insertion, dans le contrat, d'une véritable clause de partage des bénéfices à provenir de l'opération, en raison du concours pécuniaire de l'Etat. Cette « clause de redevance » était fondée sur la « valeur d'utilisation des installations conservées par les industriels » : le taux et la durée devaient en être fixés « soit à l'amiable soit par voie d'arbitrage », dans l'année suivant la cessation des hostilités.

Pour assurer l'exécution stricte des dispositions de la loi et conformément aux prescriptions de celle-ci, un décret en Conseil d'Etat du 17 février 1916 (1) prescrivit les modalités d'application et fixa la procédure d'allocation de ces avances pour la durée de la guerre.

subordonnée à l'introduction dans le contrat de clauses spécifiant, en faveur de l'Etat, un intérêt annuel et disposant que l'exécution des obligations ainsi contractées par les industriels sera garantie par une inscription hypothécaire, et, s'il y a lieu, par un nantissement. Les contrats donnant lieu à avances devront, en outre, comporter le principe d'une redevance ultérieure, fondée sur la valeur d'utilisation des installations conservées par les industriels, redevance dont le taux et la durée seront fixés, soit à l'amiable, soit par voie d'arbitrage, dans l'année qui suivra la cessation des hostilités. Il ne pourra être dérogé aux dispositions précédentes qu'en vertu d'un décret délibéré en conseil des ministres et contresigné par le ministre des finances et le ministre de la guerre. Un décret rendu en Conseil d'Etat déterminera la rédaction-type des clauses à insérer, à cet effet, dans les contrats ». — Cfr. les rapports Albert METIN, Ch. Dép., 16 septembre 1916 (*J. Off.*, doc. parl., octobre, p. 967); AIMOND, Sén., 25 septembre 1915 (*ib.*, octobre, p. 239); et G. JÈZE : *Revue du droit public*, 1925, p. 284, et 1934, p. 581.

(1) *J. Off.* du 21, p. 1454.

§ 2. — *Le décret du* 21 *janvier* 1916 (1)

Les termes trop généraux des décrets des 20 décembre 1914 et 27 mars 1915 sur les avances avaient donné lieu à des abus (2). C'est pourquoi le décret du 21 janvier 1916 restreignit les avances aux hypothèses où celles-ci paraissaient réellement indispensables, c'est-à-dire aux cas où les fournisseurs étaient obligés de verser eux-mêmes des acomptes à leurs propres fournisseurs, avant d'avoir pu prendre livraison des matières destinées à leurs usines.

Par contre, il s'efforça, quelque peu artificiellement d'ailleurs, de « rendre moins étroites » les règles d'attribution des acomptes pour service fait, les autorisant « exceptionnellement » pour la durée des hostilités (aux lieu et place des avances précédemment allouées en vertu du décret du 20 décembre 1914), dès que le fournisseur justifierait avoir, pour l'exécution de son marché, soit réalisé et payé des approvisionnements de matières premières, soit acquitté des dépenses de main-d'œuvre. De même, en ce qui concerne les avances précédemment consenties pour les matières que les fournisseurs ont dû payer avant d'en prendre livraison, il prescrivit de les transformer en paiements d'acomptes, « dès que le fournisseur aura justifié de la réception de ces matières dans son usine ». De là, l'abrogation des règlements antérieurs en la matière et l'insertion de dispositions rénovées, pour le cas de mobilisation générale, dans les articles 141 et suivants du décret du 3 avril 1869 sur la comptabilité des dépenses du ministère de la guerre. « Ces avances, porte dorénavant l'article 141, ne peuvent excéder les cinq sixièmes des sommes ainsi payées par les fournisseurs. Elles ne peuvent être délivrées que si elles ont été expressément stipulées dans le mar-

(1) *J. Off.* du 23, p. 624.

(2) V. le rapport préliminaire au décret, *supra*, p. 24.

ché. Elles sont productives, au profit du Trésor, d'un intérêt au taux de 5 fr. 75 % l'an, pendant toute la période comprise entre le paiement de l'avance et sa régularisation. Les matières dont le paiement par le fournisseur a donné lieu au mandatement de ces avances demeurent la propriété du fournisseur jusqu'à la régularisation de l'avance; mais elles ne peuvent, sauf autorisation écrite du ministre de la guerre, être ni cédées, ni warrantées, ni employées pour un autre objet que pour l'exécution du marché conclu avec le ministère de la guerre ».L'additif à l'article 142 précise : « La régularisation des avances faites pour achat de matières, en cas de mobilisation générale, aux titulaires de marchés de fournitures, se fait par voie de précompte sur les mandats d'acomptes délivrés dans les conditions fixées par l'article 143... (1) ou de paiement pour solde. Cette régularisation se fait dès que ces matières sont effectivement entreposées dans les magasins ou ateliers du fournisseur en territoire français. Les sommes à régulariser par voie de précompte ou à reverser au Trésor comprennent, outre le principal de l'avance, l'intérêt prévu par l'article 141... ».

En définitive, pendant la première moitié de la guerre 1914-18, les avances pour fournitures furent pratiquées sur une base très large. Durant cette période, furent autorisées d'abord les avances pour achat de matières et pour paiement de salaires, ensuite les avances pour création et développement d'outillages.

Mais, à partir du décret de 1916 et jusqu'à la fin des hostilités, en raison des abus constatés, ne furent plus autorisées que : 1°) les avances aux titulaires de marchés de fournitures ayant dû verser eux-mêmes des acomptes

(1) Acomptes aux fournisseurs pour approvisionnement de matières effectivement payées par eux ou pour paiement de salaires. Cfr. *supra*, p. 25.

à leurs propres fournisseurs, avant d'avoir pu prendre livraison auprès d'eux des matières destinées à l'exécution de leurs prestations. Encore ces avances devaient-elles être transformées en acomptes, dès que ces matières avaient été « entreposées dans les magasins ou ateliers du fournisseur en territoire français » (1), et 2°) les avances pour création ou développement d'outillages, dont le régime fixé définitivement par le décret du 17 février 1916, ne subit plus de modification jusqu'à la fin de la guerre. Les autres furent transformées, d'une façon quelque peu arbitraire et artificielle d'ailleurs, en acomptes. L'étude ultérieure de la nature juridique des acomptes et des avances rendra compte de ce qu'il y avait de critiquable dans cette transformation imposée sans doute dans un but louable, mais néanmoins hâtive et superficielle au point de vue juridique.

Telle fut l'évolution du régime des avances pendant la première guerre mondiale. Manifestement, ce régime, qui ne saurait d'ailleurs se défendre d'une certaine complexité, avait tendu à concilier les intérêts des finances publiques avec les nécessités urgentes de la production des fournitures intéressant la défense nationale.

***

En résumé, en partant de la règle du service fait, l'administration, sous le coup des nécessités de l'heure, est arrivée à diverses combinaisons financières pour faciliter directement la trésorerie de ses entrepreneurs ou fournisseurs.

C'est ainsi qu'en matière de travaux publics s'est instaurée la pratique d'abord des acomptes sur travaux exécutés, ensuite des acomptes sur matériaux approvisionnés.

(1) Cfr. décret précité du 21 janvier 1916.

Nous ne retiendrons pas la combinaison des acomptes sur outillages, d'une légalité douteuse, à laquelle le ministère des travaux publics a essayé de recourir en 1920.

Dans le domaine des fournitures, on a admis les mêmes extensions de la règle du service fait sous la forme, d'une part, des acomptes pour fournitures partiellement livrées, et, d'autre part, des acomptes pour matériel approvisionné ou travaillé en usine.

Etant donné que ces différentes combinaisons d'acomptes se sont révélées trop étroites en face des nécessités impérieuses imposées par la défense nationale, l'administration a eu recours à plusieurs procédés d'avances — avances pour achat de matières et pour paiement de salaires, avances pour création ou développement d'outillages — qui, au cours de la guerre 1914-18, ont suivi une évolution propre dans un sens restrictif.

Alors que les acomptes peuvent être considérés comme des procédés normaux et permanents de paiement dérivant de la règle du service fait, les avances ont revêtu ce caractère nettement exceptionnel et temporaire qui leur convenait et les possibilités de leur allocation ont été limitées par des textes rigoureux.

Sorties du droit public — à titre définitif semblait-t-il — après la fin des hostilités en 1918, elles y ont fait une rentrée grave à la veille de la guerre 1939-40 et les textes portant ainsi dérogation à la règle du service fait ont pris encore plus d'ampleur que pendant le premier conflit mondial.

TITRE II

LA RÉFORME DE 1938-39

Après que la loi du 13 avril 1938 (1) eut donné au Gouvernement les pleins pouvoirs pour « faire face aux dépenses nécessitées par la défense nationale et redresser les finances et l'économie de la nation », la réglementation du paiement des marchés publics vint au premier plan des mesures utiles. Il s'agissait de réaliser des règlements aussi rapides que sûrs en faveur des entrepreneurs ou fournisseurs et de faciliter ainsi, dans une large mesure, l'accélération aussi réelle que possible des programmes de travaux considérés comme condition première de la reprise de l'activité économique. En même temps, les auteurs de la réforme escomptaient que les nouvelles mesures de financement ménagées aux entrepreneurs et fournisseurs, donneraient lieu, de la part de ceux-ci, à des conditions de prix avantageuses pour l'Etat.

A cette fin furent rénovées d'abord les règles du paiement sur service fait par la reconnaissance généralisée du droit à acomptes après un délai minimum de trois mois et l'application automatique à l'administration d'intérêts moratoires en cas d'inobservation de ce délai par elle. Mais, les limites imposées par la notion même du service fait rendaient ce procédé irréductible aux modalités d'exécution de nombreuses catégories de travaux et de fournitures qui, au fur et à mesure de la réalisation des programme d'équipement national, exigeaient des investissements de capitaux de plus en plus importants. Il était donc devenu nécessaire de compléter la réforme par un système de règlements provisionnels : de là l'institution des avances à *court* et à *moyen* terme.

(1) *J. Off.* du 14, p. 4426.

Bien que ces différentes combinaisons financières soient d'importance inégale, elles concourent cependant toutes à montrer l'ingéniosité déployée par l'administration pour soutenir directement la trésorerie de ses entrepreneurs et fournisseurs.

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE DES ACOMPTES ET DES AVANCES

Dans le passé, la notion de service fait avait donné lieu à des interprétations tantôt extensives tantôt restrictives. La tendance était plutôt à des extensions d'une hardiesse telle qu'il y avait peine à rattacher certaines des combinaisons financières examinées à la donnée classique du service fait, laquelle, d'ailleurs, il faut le reconnaître, n'avait jamais été bien définie au point de vue juridique : il en est résulté parfois des solutions quelque peu paradoxales ressemblant plutôt à des expédients qu'à de véritables procédures juridiques.

Aussi, dans l'obligation de recourir à nouveau dans une large mesure aux acomptes et aux avances, le législateur de 1939 a-t-il tenu, pour couper court à tous abus, à délimiter nettement les champs d'application de ces deux combinaisons financières. Il y parvint en définissant d'une façon très nette la notion du service fait. De cette définition découlent aussi bien la nature juridique des acomptes et des avances que leur domaine respectif d'application.

I. — Définition du service fait

L'article 1er du décret du 19 mars 1939 contient la disposition capitale en la matière : l'expression de service

fait doit être entendue dorénavant « comme caractérisant, au point de vue du paiement, la prestation ou la fourniture d'un débiteur contractuel de l'Etat, chaque fois que cette prestation ou cette fourniture est susceptible de transférer un droit de propriété à l'Etat » (1). Or, le transfert de propriété peut avoir lieu, soit par application pure et simple des clauses du marché, soit par acte distinct. Toutefois, son existence dépend des « qualités physiques et juridiques » de la prestation ou de la fourniture en cause; il faut notamment que les « produits livrés ou fabriqués » puissent être individualisés par l'autorité contractante. Dès lors, toute la question est de savoir si les qualités physiques et juridiques de la prestation ou de la fourniture en cause rendent possibles l'individualisation par l'autorité contractante des « produits livrés ou fabriqués » et, par voie de conséquence, le transfert de propriété à l'Etat: dans l'affirmative, il y a service fait (2).

II. — Domaine d'application des acomptes et des avances

Le critère du service fait ainsi défini permet de tracer avec toute la précision désirable la ligne de démarcation entre ces deux procédés de financement.

Il sera fait usage du paiement par acomptes, conformément aux règles édictées par le décret-loi du 2 mai 1938, toutes les fois que les prestations ou fournitures effectuées, — qu'il s'agisse d'un certain stade d'avancement des travaux ou fabrications défini par le cahier des charges, ou bien de la livraison d'une fraction des fournitures

(1) Instr. min. du 14 octobre 1939, (*J. Off.* du 15, p. 12339).

(2) Sauf, bien entendu, l'effet des réserves auxquelles est recevable l'administration dans les délais et formes prescrits au contrat : Rpr. Cons. d'Et., 6 janv. 1928, *Doux* et 14 mars 1928, *Sagné*, Leb. chr., p. 27, 358, et concl. Latournerie, s. 12 juillet 1929, *Vesin*, p. 716 et *Rev. dr. publ.* 1931, p. 332.

— ont le caractère du service fait tel qu'il vient d'être défini.

Au contraire, le paiement par avances sera employé conformément aux dispositions du décret du 19 mars 1939, lorsque les quatre conditions suivantes se trouveront réalisées :

1°) Le marché doit avoir reçu un commencement d'exécution.

2°) Les prestations ou fournitures effectuées ne peuvent pas être considérées comme service fait.

3°) Les prescriptions particulières fixées par l'un des articles 5, 6, 7 et 8 du décret codifié du 19 mars 1939 et qui sont nécessairement différentes suivant le genre ou la nature des prestations ou fournitures, doivent être rigoureusement observées.

4°) Les titulaires des marchés doivent avoir procédé à la constitution préalable d'une caution personnelle et solidaire.

***

De cette réglementation extrêmement précise ressort la nature juridique différente des acomptes et des avances : les premiers sont des paiements partiels du prix de vente du travail exécuté ou de la fourniture livrée; les secondes sont des prêts consentis par l'administration sous certaines conditions bien définies.

Néanmoins, il est arrivé dans le passé, notamment pendant la première guerre mondiale, que certains versements faits par l'administration, qui étaient en réalité des avances, ont été appelés acomptes. Il en fut ainsi, en particulier, pour les avances consenties au titre d'achat de matières et de paiement de salaires que le décret du 21 janvier 1916 a transformées en acomptes. Ce texte n'a pu

fonder juridiquement cette transformation prescrite sur cette simple affirmation de l'exposé des motifs : « Il nous a paru que, pendant la durée des hostilités, on pouvait autoriser exceptionnellement la délivrance d'acomptes, dès que le fournisseur justifierait avoir, pour l'exécution de son marché, soit acquitté des dépenses de main-d'œuvre, soit réalisé et payé des approvisionnements de matières premières ».

En l'espèce, il s'agissait incontestablement d'avances : les versements faits par l'administration ne présentaient comme contre partie aucun transfert de propriété. La chose était évidente pour les salaires; elle l'était pour les achats de matières, attendu que les débours de l'administration étaient destinés non pas à acquérir la propriété de ces matières qui restaient précisément à transformer par le fournisseur, mais bien à faciliter à ce dernier l'exécution de son marché.

Désormais, aucun doute n'est plus possible : la nature juridique des acomptes et des avances se trouve clairement définie avec toutes les conséquences qui en découlent aussi bien pour l'administration que pour ses entrepreneurs ou fournisseurs.

CHAPITRE II

LES ACOMPTES

S'inspirant de l'idée que « tout service fait, partiel ou total, doit être suivi dans des délais raisonnables du paiement de son prix », le décret-loi du 2 mai 1938 (1) relatif au crédit, articles 3 à 6, tendait à donner aux industriels traitant avec l'Etat, « l'assurance que le rythme des paiements qui leur seront faits sera désormais lié au rythme avec lequel ils s'acquitteront eux-mêmes des obligations de leur contrat » (2). Il a ainsi établi un véritable statut en faveur des titulaires de marchés de l'Etat, lorsque certaines conditions se trouvent remplies. Le décret-loi du 14 juin 1938 (3), articles 7 à 10, a fait de même pour les marchés des offices et établissements publics nationaux, sous réserve de certains aménagements propres à ces personnes morales.

Ces dispositions, apportant des modifications profondes au régime financier des marchés publics, posent en principe la reconnaissance généralisée du droit à acomptes, à l'expiration d'un délai minimum de trois mois et sous réserve de la réalisation des conditions techniques

(1) *J. Off.* du 3, p. 4060.
(2) Cfr. rapport préliminaire au décret.
(3) *J. Off.* du 17, p. 6872.

stipulées; elles organisent également la procédure de constatation du service fait et prévoient des sanctions énergiques pour la non-observation des délais assignés aussi bien aux formalités administratives préalables au paiement qu'à ce paiement lui-même; enfin, elles règlent le cas particulier des marchés ou lettres de commande n'ayant pas fixé le prix définitif des fournitures ou services qui s'y trouvent stipulés.

Un décret du 19 mars 1939 (1) les a complétés sur certains points.

SECTION I

Les conditions de paiement des marchés de l'Etat par acomptes

§ 1er - *Insertion obligatoire d'une clause de paiement par acomptes*

L'article 3, alinéa 1er, du décret-loi du 2 mai 1938 dispose en règle que « tout marché de fournitures ou de travaux de l'Etat, dont le délai d'exécution prévu est supérieur à trois mois, doit comporter, à la demande du fournisseur ou de l'entrepreneur, une clause de règlement par acomptes ». L'expression de fournitures englobe la « prestation de services » (marchés de transport, d'entretien, etc...) aussi bien que la livraison de fournitures proprement dites.

Pour éviter toute contestation dans l'application du texte, une circulaire du ministre des finances du 5 juillet 1938 a fait recommandation aux administrations, d'une part, de préciser dans le cahier des charges spéciales la

(1) *J. Off.* du 15 octobre 1939, p. 12339.

durée d'exécution du contrat et, d'autre part, de mentionner dans le marché, le cas échéant, l'absence de la demande écrite d'insertion de clause de paiement d'acomptes.

La demande, pour laquelle aucune condition particulière de forme n'est d'ailleurs exigée, sera normalement incluse dans les offres ou soumissions de l'entrepreneur ou du fournisseur. Si elle est formulée séparément, elle ne pourra d'évidence être admise que jusqu'à l'approbation définitive du marché : sa présentation ultérieure nécessiterait la forme d'un avenant.

Une seule exception est admise au principe, tirée de ce que la nature particulière de certains marchés ne permet pas l'attribution d'acomptes. Dans ce cas, le cahier des charges spéciales doit en porter mention expresse : l'insertion de celle-ci constitue une obligation impérative pour l'autorité contractante, puisque son omission fonderait le titulaire du marché à demander l'attribution d'un acompte, dès l'instant où la durée d'exécution du marché serait supérieure à trois mois.

§ 2 - *Echelonnement des acomptes.*

Le même article 3 du décret habilite, dans son alinéa 3, tout titulaire d'un marché de l'Etat à demander un acompte au moins tous les trois mois, sauf, bien entendu, dans le cas de l'exception susvisée du fait de la nature du contrat. Il appartient donc à l'administration de veiller à ce que la clause de règlement par acomptes aménage un échelonnement tel que l'industriel co-contractant soit assuré du paiement d'un acompte au moins par trimestre, s'il satisfait aux conditions techniques stipulées.

La règle ne présente aucune difficulté quant aux marchés de travaux, pour lesquels est toujours possible

l'évaluation des quantités d'ouvrages effectués à une époque déterminée. Un certain nombre de cahiers des clauses et conditions générales relatifs à ces marchés contenaient déjà des dispositions permettant l'allocation d'acomptes bi-mensuels, voire mensuels. Celui du ministère de la guerre (travaux) du 5 avril 1933 disposait en son article 64 que « tous les deux mois, en principe, et plus souvent si des règlements spéciaux à certaines catégories d'entrepreneurs le prescrivent ou si l'administration le juge utile, l'entrepreneur reçoit des acomptes, sur la production de certificats, établis par le chef de service..., évaluant l'importance des travaux exécutés ». Les règlements spéciaux visés bénéficiaient notamment aux sociétés d'ouvriers français et aux petits artisans admis, s'ils remplissent les conditions fixées par l'article 42 du décret du 15 octobre 1926, à percevoir des acomptes tous les quinze jours. En somme, la réforme apportée par le décret-loi du 2 mai 1938 a consacré des pratiques isolées déjà établies sous la pression des faits.

Pour les marchés de fournitures, il suffira de veiller à ce que les opérations techniques correspondant aux divers stades d'avancement de la fourniture puissent être accomplies dans des délais ne dépassant pas trois mois : il en va de même pour les marchés de services susceptibles, bien que leur objet soit « divisible en une série de prestations indivisibles » (1), d'être aménagés en vue de règlements trimestriels d'acomptes.

Quelque souhaitable que soit l'usage de règlements d'acomptes aussi fréquents que possible, en vue d'assurer à la réforme de mai 1938 son maximum d'efficacité, il est essentiel de ne pas en multiplier les engagements au point de ne plus pouvoir y satisfaire à un moment donné, faute de disponibilités de crédits de paiement. De telles

(1) Cfr. Circ. min. fin. du 5 juillet 1938.

inadvertances ne tarderaient pas à paralyser la réforme. Il est donc de la plus haute importance de ne stipuler de règlements d'acomptes que dans la limite des crédits de paiement disponibles ou prévus dans les lois de programme à la date de la conclusion du contrat primitif ou de ses avenants.

En conséquence :

a) Conformément à la règle de l'annualité budgétaire, les marchés ne peuvent stipuler d'acomptes que pour l'année en cours, sauf si des lois spéciales, telles les lois de programmes, ont prévu l'ouverture de crédits de paiement sur le ou les exercices suivants et déterminé à l'avance le montant des crédits pour chacun. Dans tous les autres cas, notamment si le délai prévu pour l'exécution du marché dépasse l'année en cours, les acomptes à échoir l'année suivante devront faire l'objet d'avenants à établir au cours de ladite année.

b) Lors de la conclusion du contrat ou des avenants, les ordonnateurs doivent s'assurer que le « montant des crédits de paiement disponibles ou prévus à cette date sur le chapitre d'imputation est au moins égal au total des évaluations du montant des acomptes ainsi qu'éventuellement des paiements pour solde, à échoir dans l'année, en exécution tant de ce marché que des marchés ou avenants précédemment établis et augmenté, s'il y a lieu, des autres dépenses engagées et à payer sur le même chapitre » (1).

L'obligation trouverait une automatique sanction dans le refus du contrôleur des dépenses engagées de viser les propositions d'engagement de dépenses excédant les disponibilités en crédits de paiement.

Il va de soi d'ailleurs que, si, en dépit des soins de l'administration à suivre ses engagements de dépenses,

(1) Cfr. Circ. min. fin. du 5 juillet 1938.

les crédits s'avéraient insuffisants, des propositions motivées devraient être adressées d'urgence au département des finances en vue de l'ouverture de crédits supplémentaires.

§ 3. - *Dispositions tendant à supprimer le retard.*

I. — Dans la constatation du service fait (article 4).

Dans le passé, les retards apportés par l'administration à la réception définitive des travaux et à la constatation des droits avaient gêné le jeu de la règle du service fait, déjà dépourvue par elle-même de toute souplesse. Le titulaire du marché pouvait, il est vrai, exiger successivement la réception provisoire, puis définitive ; mais, si ces formalités n'étaient pas suivies du paiement, il ne lui restait que la maigre ressource, après mise en demeure infructueuse et à condition qu'il s'agît d'un paiement pour solde, de s'adresser aux tribunaux pour obtenir des intérêts au taux légal. Il est évident que ces lenteurs administratives, qui ne faisaient que s'aggraver en fonction de l'ampleur des grands travaux, causaient le plus grand préjudice aussi bien aux intérêts de l'Etat qu'à ceux des industriels traitant avec lui.

Le décret-loi susvisé a mis fin à cette situation en édictant des règles rigoureuses en vue de la constatation rapide du service fait et des sanctions en cas de non-observation de ces règles. Pour en assurer le jeu et obvier à toute contestation, l'article 3, alinéa 2, impose à la clause de règlement par acomptes la prévision explicite des conditions techniques à l'ouverture du droit aux acomptes et la procédure de constatation et, le cas échéant, d'évaluation par expertise du service fait.

a) Constatation du service fait. — A l'expiration des délais prévus par le contrat, le titulaire du marché est en droit d'exiger de l'administration, qui ne peut s'y refuser, l'établissement d'un procès-verbal pour constater que la prestation donnant droit à acompte ou à paiement pour solde, a été entièrement exécutée, ou fixer, en cas d'exécution partielle de ce service, le pourcentage du service fait.

Le procès-verbal, établi dans les conditions fixées par la clause de règlement par acomptes et exempt d'ailleurs de toute condition de forme, précise le montant de l'acompte auquel a droit l'entrepreneur ou le fournisseur. En cas d'exécution partielle du service, il y a acompte proportionnel, à condition que le pourcentage constaté soit supérieur ou égal à 80 pour 100. Un pourcentage inférieur met obstacle à tout acompte.

b) Retard dans la constatation du service fait. — Si quinze jours après la mise en demeure par lettre recommandée (1), le procès-verbal n'a pas été établi du fait de l'administration, le retard dans la constatation du service fait donne lieu de plein droit « à l'ouverture d'intérêts moratoires (2) calculés jusqu'à l'établissement du pro-

(1) Le délai commence à courir à la date indiquée par le cachet apposé au départ par le service des postes sur le pli recommandé. Cfr. Circ. min. précitée du 5 juillet 1938.

(2) Une circulaire de la présidence du conseil en date du 8 juillet 1938 recommande aux administrations d'éviter à tout prix les intérêts moratoires dont l'existence suppose « une faute administrative ou une mauvaise organisation des services » qui ne devrait jamais se trouver réalisée. « Il est advenu dans le passé que des firmes privées qui avaient traité avec l'Etat, aient été contraintes d'attendre pendant de longs mois le règlement des sommes qui leur étaient dues. Bien que ces exemples fâcheux puissent être considérés comme des exceptions, le bruit s'est trop souvent répandu que l'Etat n'était pas un bon payeur. De telles rumeurs sont de nature à porter un sérieux préjudice au crédit public et il est essentiel d'y mettre un terme ». Aussi, pour l'éventualité d'intérêts moratoires à l'encontre de l'Etat, prescrit-elle l'ouverture d'une enquête administrative immédiate aux fins de déterminer les responsabilités et de prendre, le cas échéant, les sanctions qui s'imposeraient. Rpr., dans le même sens, circ. min. guerre, 13 janvier 1939.

cès-verbal à un taux supérieur de 1 pour 100 au taux d'escompte de la Banque de France, sur le montant des droits à acomptes ou à paiement ultérieurement reconnus ». S'il est, au contraire, imputable à l'entrepreneur ou au fournisseur, l'administration, qui n'a pas d'intérêts à payer dans ce cas, en avise l'intéressé par une lettre motivée. C'est, d'évidence, une sérieuse garantie juridique d'ordre général.

Le cas échéant, le décompte des intérêts moratoires, établi postérieurement au procès-verbal, est ordonnancé en même temps que l'acompte dû en principal. Les intérêts courent du dernier jour de la quinzaine susvisée à celui exclus de la rédaction du procès-verbal. En cas de variations du taux d'escompte de la Banque de France pendant cette période, il est tenu compte *prorata temporis* de ces taux successifs majorés uniformément de 1 pour 100.

II. — Dans le paiement des sommes dues par l'administration (article 5).

Le procédé est le même : délais de rigueur et sanctions pécuniaires.

a) *Délais de paiement.* — Selon l'article 5, alinéa 1er, « dans les soixante jours qui suivent l'établissement du procès-verbal de constatation du service fait, l'entrepreneur ou le fournisseur doit recevoir les sommes qui lui sont dues ou être avisé des motifs pour lesquels ces sommes ne peuvent lui être versées en tout ou en partie ».

L'expression « sommes dues » s'applique manifestement, d'après ce texte, non seulement à l'acompte ou au solde, mais aussi, le cas échéant, aux intérêts moratoires qui doivent être liquidés dans le même délai conformément à l'article 4. Tout obstacle à ce règlement doit, d'a-

près la circulaire précitée du 5 juillet 1938, donner lieu à avis des motifs au titulaire du marché. Il appartient, respectivement, à l'ordonnateur ou au comptable assignataire du paiement de signaler au créancier l'impossibilité du règlement, suivant qu'il s'agit d'obstacles au mandatement (insuffisance de pièces, irrégularités de fond ou de forme, erreurs matérielles) ou au paiement (existence d'oppositions, défaut de production de pièces relatives à la validité de la quittance, etc...).

En tout état de cause, il y a le plus grand intérêt à ce que l'administration, se départissant d'une attitude purement passive qui serait, en définitive, préjudiciable aux deux parties, prenne l'initiative de faire accomplir au titulaire du marché toutes les formalités, même si l'absence de certaines d'entre elles était imputable à ce dernier.

b) Sanctions du non paiement. — Après un délai de trois mois compté de l'établissement du procès-verbal de constatation du service fait, le créancier non désintéressé des sommes à lui dues, a droit d'office à des intérêts moratoires, à condition d'établir que le retard est imputable à l'administration (1). Ces intérêts courent du lendemain de l'expiration du délai de trois mois au jour du paiement exclus et sont calculés à un taux supérieur de 1

(1) Le cahier des clauses et conditions générales des marchés de fournitures des départements de la guerre, de la marine et de l'air, en date du 21 novembre 1932, article 71, §2, portait déjà : « Lorsque des sommes sont dues au fournisseur, soit pour acomptes, soit pour solde, si l'ordonnancement n'en a pas été effectué dans un délai de deux mois à partir du jour de la constatation du service fait, le fournisseur a droit à des intérêts moratoires calculés au taux légal à dater de la mise en demeure qu'il devra adresser, à cet effet, au chef de service. Toutefois, le délai ci-dessus ne court pas tant que le fournisseur n'a pas produit toutes les justifications nécessaires à la liquidation de sa créance ». Antérieure de six ans au décret-loi de 1938, cette disposition est d'autant plus intéressante qu'elle avait fixé le délai, non à trois, mais à deux mois. On ne saurait manquer d'observer que la mesure s'imposait déjà dès cette époque, dans l'intérêt de la bonne exécution des prestations, en raison du nombre toujours croissant de marchés conclus par les départements militaires.

pour 100 au taux d'escompte de la Banque de France, sous réserve, en ce cas aussi, des variations éventuelles de ce taux.

Faute au marché ou, le cas échéant, à la lettre de commande d'avoir précisé les conditions d'allocation des acomptes (1), le titulaire du marché ayant exécuté une partie des prestations peut (article 3, alinéas 3 et 4) requérir, conformément à la procédure fixée par l'article 4 du décret-loi, tous les trois mois l'établissement d'un procès-verbal de constatation du service fait et obtenir, dans les mêmes conditions, des intérêts moratoires.

Il en va de même pour les paiements, qui, dès l'établissement du procès-verbal par l'administration contractante, doivent intervenir de plein droit dans les délais fixés par l'article 5.

L'évaluation des acomptes consentis est calculée « d'après la valeur dûment justifiée des travaux exécutés ou fournitures livrées ».

c) *Ordonnancement ou mandatement* (2). — Il a lieu, aux termes de l'article 4 du décret du 19 mars 1939, pour les sommes devenues liquides au profit des titulaires de

(1) Il faut évidemment faire abstraction ici de l'hypothèse où la nature du marché ne permet pas d'envisager l'attribution d'acomptes

(2) On sait que ces deux termes désignent la même opération qui consiste dans « l'application des crédits budgétaires aux services faits, dans l'imputation de la dépense sur le crédit d'un chapitre déterminé, lorsque le chiffre de cette dépense a été dégagé par le fait de la liquidation ».

Il n'existe donc pas une différence de nature, mais simplement de degré, entre l'ordonnancement et le mandatement. L'« ordonnancement » est le fait du ministre, ordonnateur primaire qui a à sa disposition directe l'ensemble des crédits de son département. Le « mandatement », au contraire, est le propre des fonctionnaires ayant la qualité d'ordonnateurs secondaires, tels les préfets, directeurs des haras, intendants, etc..., qui, opérant pour le compte des ministres, font emploi des crédits qui leur sont délégués par des « ordonnances de délégation » (ou plus exactement par des « extraits d'ordonnances de délégation », puisque les originaux de ces documents sont conservés par les ministres pour être produits ultérieurement comme pièces justificatives à la Cour des Comptes), et émettent, dans la limite du montant de ces crédits, soit

marchés, dans les formes et délais prévues pour le règlement des dépenses de matériel. D'après le décret-loi du 25 juin 1934, articles 1 à 3, l'« engagement » de ces dépenses ne peut plus avoir lieu après le 15 décembre de l'année en cours et, pour « l'ordonnancement » et le « mandatement », le délai en a été ramené du 31 mars de l'année qui suit celle ayant donné son millésime au budget, au 10 février précédent. Les dépenses de l'espèce ne peuvent donc plus être ordonnancées ou mandatées après le 10 février suivant l'exercice au cours duquel les créances sont nées. Enfin le « paiement » des ordonnances et des mandats portant sur des dépenses de matériel doit avoir lieu en principe au plus tard le dernier jour du mois de février de la seconde année.

C'est la date du procès-verbal de service fait ou, en cas de retard imputable à l'administration, la date à laquelle le procès-verbal aurait dû être obligatoirement établi, qui est à retenir pour l'imputation des acomptes sur un exercice déterminé.

III. — Dans l'évaluation du service fait (article 6).

Il est des situations où le prix définitif d'une fourniture ou d'un service peut ne pas résulter directement des stipulations du marché. Il en est ainsi du fait, soit des lettres de commande fixant un prix provisoire, soit des marchés proprement dits contenant une clause de révision et, dès lors, sujets à révision administrative en vertu des stipulations mêmes qu'ils comportent. Quant aux unes, une circulaire de la présidence du conseil, en date du 8 juillet 1938, a précisé que le prix provisoire

des « mandats » individuels ou collectifs, soit des « bons de caisse » au nom des divers créanciers de leurs services. V. le détail de ces opérations budgétaires, E. Allix: *tr. élém. de sc. des fin. et de législ. financ.* 6e édit., 1931, p. 295 et suiv. — L. Trotabas : *Pr. de sc. et de législ. financ.*, Dalloz, 7e édit., 1942, p. 74 et suiv.

doit être aussi voisin que possible du définitif et ne jamais s'en écarter de plus de 10 pour 100. Au sujet des autres, la Commission Nationale des marchés publics, créée par le décret du 27 avril 1937 (J.O. du 28, p. 4730), a préconisé la généralisation des clauses de révision, afin que puissent être suivis dans les meilleures conditions aussi bien le prix de revient des matières premières que le taux des salaires. C'est une pratique propre à obtenir, lors de la passation du marché, des conditions plus avantageuses et à éviter le bouleversement éventuel du contrat par le jeu de la théorie de l'imprévision (1).

La règle est (article 6 du décret-loi) que dans tous les cas, les avenants utiles doivent intervenir au plus tard dans les trois mois suivant le procès-verbal constatant le service fait. La circulaire ministérielle du 5 juillet 1938 précise que ce délai de trois mois est applicable à la suite de la constatation de tout service, total ou partiel, à l'exception toutefois du cas où le titulaire du marché a seulement droit à un acompte proportionnel.

a) Expertise. — Si l'entente au sujet des avenants à intervenir n'est pas réalisée dans ce délai de trois mois, le titulaire du marché est fondé à demander, par lettre recommandée, à l'administration contractante que le litige soit porté devant un expert désigné d'un commun accord. A défaut d'accord dans les sept jours suivants, il appartient au « premier président de la Cour d'appel » de désigner l'expert, dans un délai de trois jours, sur requête du titulaire du marché ; si l'entrepreneur ou le fournisseur a fait élection de domicile dans le marché, au premier président de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle est situé le lieu de ce domicile ; dans tous les autres cas, au premier président de la Cour d'appel

(1) Rpr., aux mêmes fins et pour d'intéressantes directives de détail, circ. min. écon. nat. du 10 août 1938 (*J. Off.* du 17, p. 9773).

dans le ressort de laquelle est situé le domicile du titulaire du marché, ou, s'il s'agit d'une société, le lieu du siège social de celle-ci.

Les conclusions de l'expert doivent être déposées dans les quarante jours de sa nomination. Il est statué par le ministre dans les dix jours suivant le dépôt du rapport.

Au total, un délai de rigueur de deux mois sépare la demande initiale d'expertise adressée à l'administration et la conclusion d'un avenant fixant le prix définitif de la fourniture ou du service total ou partiel dont l'exécution a été constatée.

b) Sanction de l'inobservation du délai. — C'est un droit à intérêts moratoires ouvert *ipso facto* au titulaire du marché, à condition que le retard ne soit imputable, ni à lui-même, ainsi que le peut ou le devrait prouver l'administration, ni à l'expert quant au dépôt de ses conclusions, si du moins les difficultés éprouvées par celui-ci ne sont pas le fait de l'entrepreneur ou du fournisseur.

Le calcul des intérêts moratoires est effectué à compter de l'expiration du délai de deux mois susvisé jusqu'à la date de la signature de l'avenant, sur le supplément de prix fixé dans ledit avenant. Le taux en est, ici encore, celui de l'escompte de la Banque, majoré de 1 pour 100, compte tenu, s'il y a lieu, des variations de ce dernier.

Le paiement des sommes dont le titulaire du marché se trouve créancier tant en principal (supplément de prix) que, le cas échéant, en intérêts, doit avoir lieu, conformément aux dispositions de l'article 5 analysé ci-dessus, dans un délai de trois mois compté de la date de l'avenant qui a fixé le prix définitif ; faute de quoi courraient, comme ailleurs, des intérêts moratoires : l'article 5 a une portée générale.

§ 4 - *Incidence du paiement par acomptes sur le cautionnement.*

Le décret-loi a d'autre part posé, quant à la mainlevée du cautionnement définitif des marchés, une nouvelle règle dont l'importance égale la souplesse : selon le dernier alinéa de l'article 5, les cautionnements définitifs sont automatiquement « libérés à concurrence du montant des retenues effectuées lors du paiement de chaque acompte », elles-mêmes représentées par la différence entre le montant, d'une part, des droits constatés par le procès-verbal du service fait et, d'autre part, de l'acompte ordonnancé, déduction faite du coefficient de réduction prévu au cahier des charges générales ou spéciales.

L'administration contractante doit donner d'office mainlevée du cautionnement définitif, dans les conditions définies (1), dès que le titre émis pour le paiement de l'acompte a été revêtu de la mention « Vu, bon à payer » par le service qualifié de l'administration des finances.

Le montant des retenues est, en règle générale, déterminé à raison des 5/6es, ou, exceptionnellement des 9/10es ou 11/12es des droits constatés, sauf retenues complémentaires pour garanties de bonne exécution (2).

Deux choses vont de soi dans cet ordre d'idées : l'une que la restitution aux entrepreneurs et fournisseurs des retenues pratiquées sur acomptes et affectées au remplacement du cautionnement définitif fixé par le marché ne doit avoir lieu qu'après la réception provisoire et sous déduction de la retenue de garantie (appelée encore re-

(1) Cfr. Circ. min. fin. du 5 juillet 1938.

(2) La limite dans laquelle seront décomptées ces retenues se trouve ordinairement indiquée, soit dans le cahier des clauses et conditions générales, soit dans le cahier des charges spéciales.

tenue de bon service fait) éventuellement prévue au marché ; l'autre que les marchés doivent prévoir, pour le cas où le montant de la retenue de garantie se révèlerait supérieur à celui du cautionnement définitif, les conditions de la retenue à réaliser par déduction sur les derniers acomptes versés et le paiement pour solde.

SECTION II

Domaine d'application des règles nouvelles

C'est apparemment un truisme que la règlementation des acomptes ne saurait s'appliquer qu'aux seuls acomptes entendus au sens strict du mot, autrement dit, aux sommes dues par l'administration pour service fait comportant transfert de propriété à l'Etat de l'objet de ce service et individualisation de cet objet. C'est pourquoi furent tenues en dehors d'elle les pratiques qui étaient dénommées « acomptes spéciaux », parce que susceptibles d'être alloués en raison de prestations effectuées par l'entrepreneur ou le fournisseur en vue de l'exécution du marché, mais ne constituant pas partie intégrante de l'objet même du contrat : tels les acomptes « sur matériaux approvisionnés » ou « pour installation et matériel de chantiers », ainsi que, pour les marchés de fournitures, les acomptes exceptionnels pour « matières approvisionnées en usine », dès lors que la propriété de ces matières n'a pu être transférée à l'Etat. Au demeurant, les sommes dont s'agit, attribuées aux titulaires de marchés à ces divers titres, ne bénéficiaient que par défaut de terminologie de l'appellation impropre d' « acomptes » et constituaient en réalité des avances. Le régime en a été fixé par le décret du 19 mars 1939.

La portée des règles sur le paiement par acomptes ressort du décret-loi du 2 mai 1938, article 3 et des différenciations y exprimées.

§ 1er - *Marchés bénéficiant d'office de la réforme.*

I. — Marchés de l'État

S'agissant des marchés de l'Etat, le texte distinguait presque par dérogation entre les marchés à conclure et les marchés en cours d'exécution. Des premiers, parce qu'ils n'existaient pas à la date du décret, aucune difficulté n'était concevable. Des seconds, il y avait lieu de prévoir l'assujettissement, durant une période transitoire, aux règles nouvelles ; d'où le 1er alinéa de l'article 7 prévoyant la faculté, sinon l'obligation pour les administrations intéressées, de faire incorporer, à très bref délai, aux contrats en cause, par voie d'avenants, les clauses de règlement par acomptes rendues désormais obligatoires.

II. — Marchés des offices et établissements publics nationaux

La procédure nouvelle de règlement par acomptes leur fut rendue applicable par le décret-loi du 14 juin 1938, articles 7 à 10 (1). Toutefois, celle-ci comporte des aménagements conformes au régime spécial de ces personnes morales.

a) Echelonnement des acomptes. — A moins que la nature du marché ne le comporte pas (2), le titulaire du marché doit être autorisé à demander des acomptes, au

(1) *J. Off.* du 17, p. 6872.

(2) On sait que dans ce cas une dérogation motivée doit être expressément insérée au cahier des charges spéciales du marché.

moins tous les mois, et non plus tous les trois mois seulement comme en matière de marchés de l'Etat (article 7). Cette contraction de l'échelonnement des acomptes est due, selon toute vraisemblance, au volume plus réduit des marchés de ces collectivités publiques, qui n'en sont que plus à leur aise pour régler rapidement les sommes dues à leurs entrepreneurs ou fournisseurs.

b) Constatation du service fait. — La mise en demeure que le titulaire du marché est en droit d'adresser, à l'expiration des délais prévus par le contrat, à l'administration contractante, afin d'obtenir le procès-verbal du service fait, doit être soumise à « l'autorité qualifiée pour régler le budget » de la collectivité en cause. En cas de défaillance de celle-ci, il appartient à l'autorité de tutelle d'établir elle-même le procès-verbal dans les vingt jours de l'expiration du délai de quinze jours donnant lieu à l'ouverture des intérêts moratoires (article 8).

c) Délais de paiement. — Dans les mêmes conditions que pour les marchés de l'Etat, tout retard imputable à la collectivité contractante donne lieu, de plein droit, à l'ouverture d'intérêts moratoires.

Toutefois, l'article 9 prévoit une intervention particulièrement énergique de l'autorité de tutelle : celle-ci, en suite de la requête du titulaire du marché adressée dans les trois mois qui suivent l'établissement du procès-verbal, est tenue, dans un délai de trente jours, à établir un mandat de paiement qui vaut ordonnancement régulier de la dépense. Il lui appartiendrait au cas de défaut de fonds disponibles pour le paiement par le comptable de ce mandat établi d'autorité, de procéder à l'inscription d'office de la dépense au budget ordinaire de l'exercice suivant : nouveau cas d'application de la règle classique de la substitution de l'autorité de tutelle à la collectivité

défaillante et de l'inscription d'office d'une dépense obligatoire au budget de cette dernière.

d) Evaluation du service fait. — Quelques modifications ont été apportées à la procédure prévue pour les marchés de l'Etat. A défaut d'entente entre les deux parties pour la désignation de l'expert dans les sept jours suivant la demande du titulaire du marché notifiée par lettre recommandée, l'expert devra être désigné, non plus par le premier président de la Cour d'appel, mais par le président du Conseil interdépartemental de préfecture dans un délai maximum de trois jours sur requête de l'intéressé. C'est, d'autre part, « l'autorité qualifiée pour régler le budget » de la collectivité en cause, qui est appelée à statuer sur les conclusions de l'expert dans les dix jours qui suivent le dépôt du rapport.

§ 2 - *Acomptes par décision gracieuse de l'administration.*

L'article 2 du décret du 19 mars 1939 les institue ainsi que les avances, « soit en exécution des clauses du contrat, soit exceptionnellement sur décision gracieuse du ministre intéressé ».

Au premier cas, le régime du 2 mai 1938 est applicable de plein droit. Il n'en est pas de même, lorsque les acomptes sont accordés, à titre exceptionnel, par décision gracieuse du ministre. Dans cette hypothèse, le titulaire du marché, loin d'un droit à la nouvelle procédure de règlement des acomptes (délais de paiement et intérêts moratoires), ne fait que bénéficier d'une mesure de faveur de l'administration accordée, en principe, *intuitu personae* (1). Ce n'est point à dire qu'il sera nécessaire-

(1) Cfr. Cahier des charges et conditions générales des marchés de fournitures des départements de la guerre, de la marine et de l'air du 21 novembre 1932, article 71, § 1 :« Lorsque des acomptes sont alloués au fournisseur par mesure gracieuse, le retard dans leur paie-

ment lésé dans ses intérêts. Il y a lieu, au contraire, d'admettre que l'administration, se soumettant à son propre règlement, procède au paiement des acomptes d'un pareil marché dans les mêmes délais que dans l'hypothèse d'un contrat comportant une clause obligatoire de règlement. Un paiement arbitrairement retardé ne serait d'ailleurs pas dans l'intérêt de l'administration; au demeurant, ces pratiques arbitraires ne sont pas dans ses habitudes, même en l'absence d'obligations contractuelles.

§ 3 - *Montant des acomptes.*

Il est admis, en règle générale, que le montant des acomptes ne doit pas dépasser les 5/6es des droits constatés. Cette règle, rappelée par la circulaire du ministre des finances du 5 juillet 1938, est, d'ordinaire, inscrite dans les cahiers des clauses et conditions générales (1).

A titre tout à fait exceptionnel, les acomptes accordés peuvent atteindre la limite des 9/10es ou 11/12es du service fait.

Dans ce cas, la limite à appliquer doit être indiquée dans le cahier des charges spéciales.

ment ne peut ouvrir droit ni à réclamation, ni à intérêt ». Dans un autre ordre d'idées, le même document, en son article 69, § 4, précise que les acomptes alloués à titre de mesure gracieuse sont frappés d'un « escompte au taux fixé par la Banque de France au jour de leur paiement », et que le montant de cet escompte est retenu lors du paiement suivant.

(1) Cfr. cahier des charges et conditions générales (travaux) du ministère de la guerre, du 5 avril 1933, article 64 : « les acomptes ne doivent pas excéder soit les 5/6es soit les 11/12es des droits constatés ». Il laisse au cahier des charges spéciales le soin d'indiquer la limite applicable dans chaque cas, et même, dans certains cas exceptionnels et sur autorisation spéciale du ministre, la faculté de stipuler « que la retenue de garantie cessera de croître au delà d'un maximum déterminé ».

Rpr., au cahier des clauses et conditions générales des marchés de fournitures des départements de la guerre, de la marine et de l'air, du 21 novembre 1932 : l'article 69, § 5, limite l'importance des acomptes aux 5/6es des droits constatés.

Il convient de signaler que, du montant des acomptes sont à déduire, s'il y a lieu :

a) Les sommes dont le fournisseur peut être débiteur envers l'Etat à un titre quelconque ;

b) Le montant des pénalités encourues.

CHAPITRE III

LES AVANCES

L'article 7 du décret-loi du 2 mai 1938 avait annoncé une règlementation ultérieure sur les avances au cours de l'exécution des marchés de l'Etat dans le cas où la procédure des acomptes fixée par lui ne pourrait être appliquée. Ainsi intervinrent successivement, après un délai de plus de neuf mois (1) :

1° Le décret-loi du 19 mars 1939 (2) édictant des dispositions nouvelles au sujet de l'attribution des avances à *court* terme. Plusieurs décrets ultérieurs des 1er (3), 9 (4) et 21 (5) septembre 1939 devaient le compléter en prévoyant certaines catégories d'avances applicables aux marchés de la défense nationale pour le cas de mobilisation. La diversité de ces textes entraîna une manifeste complexité dans les règles d'attribution et de paiement de ces avances ; aussi le décret du 19 mars 1939 a-t-il été comme mis à jour par l'instruction ministérielle du 14 octobre 1939 (6), laquelle en donne en annexe le nouveau

(1) Cfr. décret-loi du 2 mai 1938, art. 7, al. 4, qui l'avait fixé au 1er août 1938.

(2) *J. Off.* du 21, p. 3685.

(3) *J. Off.* du 2, p. 10978.

(4) *J. Off.* du 20, p. 11605.

(5) *J. Off.* du 22, p. 11636.

(6) *J. Off.* du 15, p. 12339.

texte. C'est à cette articulation que référera l'exposé qui va suivre.

2° Le décret-loi du 27 octobre 1939 (1) relatif aux conditions d'attribution, de paiement et de remboursement des avances de trésorerie à *moyen* terme.

Avances à court terme et à moyen terme : la terminologie se précise. Bien que les deux procédés, auxquels l'administration fut amenée à recourir à la veille de la guerre et, dans une mesure plus large encore, après la mobilisation, remplissent pratiquement le même rôle, ils obéissent à des règles spéciales. Les premières, bien différentes de celles accordées par les établissements de crédit, ne sont consenties, en principe, que pour la durée d'exécution des prestations faisant l'objet du marché : d'où leur dénomination d'avances à court terme. Elles ne donnent pas lieu à intérêts, mais en revanche comportent, en faveur de l'administration, de solides garanties étroitement liées à l'exécution du marché. Leur remboursement a lieu automatiquement par un mécanisme comptable très précis, au fur et à mesure de l'accomplissement des prestations, de telle sorte qu'après l'exécution définitive du marché, l'administration ne reste plus créancière d'aucune avance vis-à-vis de ses entrepreneurs ou fournisseurs. Les secondes ressemblent, au contraire, à des prêts bancaires : elles portent intérêt et sont consenties pour un délai assez long, en tous cas, indépendant de la durée d'exécution du marché et susceptible d'atteindre au maximum dix ans ; leur allocation reste, au surplus, très exceptionnelle et s'applique plutôt aux marchés comportant des investissements à la fois d'une certaine importance et d'une certaine durée.

(1) *J. Off.* du 1er novembre, p. 12787. Il a abrogé et refait en la matière les décrets-lois antérieurs, trop sommaires, des 20 mars (*J. Off.* du 21, p. 3666) et 9 septembre 1939 (*J. Off.* du 13, p. 11350).

SECTION I

Les avances à court terme

(Décret du 19 Mars 1939)

§ 1er. — *Conditions d'attribution*

1. — Conditions générales

Elles se ramènent aux quatre dispositions suivantes :

1° — *Le marché doit avoir reçu un commencement d'exécution.* La simple signature du marché par son titulaire ou son approbation par l'autorité compétente ne saurait, en principe, entraîner *ipso facto* le bénéfice d'une avance immédiate. On attend du titulaire du marché qu'il fasse en quelque sorte preuve de bonne volonté.

Toutefois, le principe subit, de textes spéciaux, trois dérogations dont l'interprétation est nécessairement stricte:

a) L'article 7 *bis* (1) du décret, pour ceux des marchés de fournitures des ministères de la défense nationale et de la guerre, de la marine, de l'air et de l'armement, obligeant le titulaire à constituer des outillages spéciaux reconnus indispensables à l'exécution de la fourniture, le marché ne pouvant recevoir un commencement d'exécution que dans la mesure où ces outillages spéciaux, souvent très coûteux, auront été réalisés. Les avances ont précisément pour but de faciliter à l'industriel leur acquisition rapide.

b) L'article 7 *ter* (2), pour les titulaires de marchés de

(1) Ajouté au décret du 19 mars 1939, par l'art. 1er du décret du 21 septembre 1939.

(2) Ajouté par le décret du 31 janvier 1940.

fournitures passés par les mêmes départements, chargés d' « acquérir pour le compte de l'Etat des machines et outillages pour l'exécution de ces marchés ».

c) L'article 8 (1), pour les titulaires de marchés passés « pour les besoins de nation », soit au titre des salaires et charges sociales payées exclusivement au personnel employé à l'exécution des prestations stipulées, soit aux fins d'assurer le démarrage immédiat des travaux ou fabrications. L'extension était prévue de ce régime institué pour le cas de mobilisation aux périodes de tension.

2° — *Les prestations ou fournitures ne peuvent être uniformément considérées comme service fait.* — Ne le peuvent pas celles dont l'effet n'est pas un transfert de propriété de l'Etat. Or, celui-ci peut être empêché (2), soit par la nature physique même des prestations ou fournitures dont il s'agit, soit en raison des qualités juridiques qui peuvent s'y trouver attachées, soit par le « rôle intermédiaire » qui leur est dévolu dans l'exécution proprement dite du contrat.

3° — *Il est indispensable que soient entièrement réalisées les conditions particulières fixées en l'un des articles* 5 (avances aux titulaires de marchés à raison des prestations accomplies par leurs sous-traitants ou leurs fournisseurs secondaires), 6 (avances aux titulaires de marchés accomplissant par leurs propres moyens les prestations qui y sont stipulées), 7 (avances pour emploi de matériel spécial ou création de chantiers) et 8 (avances pour salaires payés et avances spéciales de démarrage). Elles diffèrent, au surplus, suivant le genre ou la nature des

(1) Article résultant des modifications apportées par les décrets des 1er et 21 septembre 1939.

(2) Cfr. instr. min. du 14 octobre 1939.

prestations ou fournitures à considérer dans chaque cas d'avances (1).

4° — *Les titulaires des marchés sont astreints à la constitution préalable d'une caution personnelle et solidaire.*

A. — Les articles 9 et 10 ont posé le principe par référence au décret du 12 décembre 1936 (2). Solidairement avec les titulaires des marchés, la caution est tenue de s'engager au remboursement : soit des 4/5es au moins du montant des avances, si celles-ci ont été consenties au titre des articles 5 et 6 du décret codifié; — soit de la totalité des avances, si celles-ci ont été accordées en vertu des articles 7, 7 *bis*, 7 *ter* (3) et 8 du décret précité (4).

Les justifications d'ordre comptable à produire à l'appui des mandats d'avances sont énoncées aux lettres collectives adressées par le ministre des finances aux divers départements ministériels les 28 juin 1937 et 8 août 1938.

B. — Dispense de caution a été admise par les articles 9 et 10 du décret :

a) Pour les titulaires de marchés passés par les ministères de la défense nationale et de la guerre, de la marine, de l'air ou de l'armement (5), à condition que le marché contienne une stipulation expresse à ce sujet et que les intéressés versent à l'Etat une prime de garantie calculée au taux annuel de 4 pour 100 des sommes dont le remboursement aurait été garanti par la caution (6).

(1) Les avances prévues aux art. 5 et 6 du décret du 19 mars 1939 peuvent être accordées pour tous les marchés de l'Etat; le régime institué par les art. 7, 7 *bis*, 7 *ter* et 8 ne peut être appliqué, au contraire, qu'aux marchés expressément désignés dans lesdits articles.

(2) Cfr. *J. Off.* du 23, p. 13214.

(3) Cfr. décret du 31 janvier 1940 (*J. Off.* du 6 février, p. 973).

(4) Cfr. instr. min. du 8 février 1940 (*J. Off.* du 15, p. 1164).

(5) Le ministère de l'armement a été ajouté à l'énumération par l'instr. min. du 8 février 1940.

(6) Disposition complétive de l'art. 9 au décret du 1er septembre 1939, art. 4.

b) Pour les bénéficiaires d'avances au titre de l'article 7 *bis*, sous réserve du versement préalable de la prime de garantie mentionnée ci-dessus. Rien ne s'oppose, au surplus, au renforcement de cette prime de garantie par une sûreté réelle ou personnelle : le cumul des deux procédés est d'application courante (1).

c) De plein droit et de quelque garantie, prime ou caution qu'il s'agisse, pour les sociétés dont le capital social appartient à l'Etat au moins à concurrence de 50 %. Par contre, au regard des entreprises concessionnaires ou subventionnées assurant un service public, elle n'existe que si elle fait l'objet d'une clause expresse soit dans le marché soit dans un avenant.

d) A titre exceptionnel, par un arrêté concerté entre le ministre intéressé et le ministre des finances.

---

2. — Conditions propres aux différentes catégories d'avances

I

AVANCES EN GENERAL

A. — Avances aux titulaires de marchés accomplissant par leurs propres moyens les prestations qui y sont stipulées (article 6).

Le texte est fait pour des marchés de création, fourniture ou transformation de matériel, exigeant pendant plus de trois mois l'immobilisation de capitaux élevés. Toutefois, le bénéfice des avances n'est accordé pour chacun des lots ou matériel à fournir que sur le vu des deux justifications suivantes :

(1) Cfr. instr. min. du 8 février 1940.

a) Le titulaire du marché a, pour l'exécution de ses prestations, soit approvisionné des matériaux, matières premières, objets fabriqués, soit fabriqué ou travaillé en atelier ou en usine les principaux éléments des pièces entrant dans la composition des travaux ou des fournitures, ou les produits intermédiaires intervenant à certains stades d'avancement dans la fabrication de ces éléments. Encore faut-il que lesdits matériaux, matières premières, objets fabriqués, éléments de pièces, etc... soient de nature à rendre irréalisable le transfert de propriété à l'Etat; tels les matériaux qu'il n'est pas possible d'individualiser, c'est-à-dire de marquer ou de lotir très distinctement de ceux qui doivent rester la propriété du titulaire du marché : ce qui est notamment le cas des bois de construction non débités, du charbon, des briques, des sacs de ciment, du plâtre, etc...

b) Il a acquis en toute propriété les matériaux, matières premières ou objets approvisionnés entrant dans la composition de l'objet même du marché. A cet égard, il lui suffira d'établir que la propriété desdits matériaux, matières ou objets lui a été transférée, sans avoir à justifier du paiement intégral à son fournisseur du montant du prix convenu avec ce dernier (1).

En contrepartie, l'administration doit se prémunir vis-à-vis de son co-contractant par l'insertion aux cahiers des charges, de « clauses déterminant expressément les conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du titulaire du marché, l'Etat pourra acquérir les matières premières, matériaux, produits intermédiaires ou objets fabriqués, s'il les juge nécessaires à l'achèvement des travaux ou des livraisons de fournitures » (article 6).

Parmi ces conditions, ont une importance particulière les modalités de fixation, avec le maximum de pré-

(1) Cfr. circ. prés. cons. et min. fin. du 14 octobre 1939.

cision, du prix d'acquisition. Chaque fois que la chose sera possible et que la procédure ne sera pas contraire aux intérêts de l'Etat, le prix pourra être, soit celui payé par le titulaire du marché, soit celui expressément fixé par le marché; dans le cas contraire, c'est la procédure à suivre le cas échéant qui devra être indiquée : en règle générale, la fixation du prix aura lieu à dires d'experts.

En tous cas, —la circulaire d'application du 14 octobre 1939 y appelait tout spécialement l'attention des différentes administrations —, l'Etat devra se réserver, par une stipulation expresse dans le cahier des charges, le droit d'acquérir les matériaux, matières premières, objets fabriqués ou produits intermédiaires sur la valeur desquels il aura consenti des avances. Muni de ce droit d'option, il aura le moyen, le cas échéant, de retirer au bénéficiaire des avances la faculté de vendre lesdits matériaux, matières, etc... sans son assentiment formel. Il n'est pas besoin d'insister sur l'importance de cette garantie. Dès l'instant où, pour une raison quelconque, du fait du titulaire du marché, l'exécution de celui-ci est suspendue, il appartiendra à l'administration de notifier, dans le plus bref délai possible, à son co-contractant son intention d'acquérir les matériaux, matières ou produits susvisés et d'en prendre immédiatement possession: là est la pièce maîtresse du système des avances.

Le souci constant d'entourer l'opération du maximum de garanties s'avère aussi quant aux maxima fixés ; aux termes de l'article 6, ces avances ne doivent pas excéder les 4/5es de la « valeur des matières ou objets approvisionnés ou de la valeur intrinsèque et, le cas échéant, commerciale des pièces composantes ou des produits intermédiaires ». La disposition a été, en vérité, complétée dans un sens libéral par l'article 2 du décret du 1er septembre 1939 suivant lequel « pour les marchés passés par

les ministères de la défense nationale et de la guerre, de la marine et de l'air, lesdites avances pourront *exceptionnellement* atteindre les 9/10es desdites valeurs », selon une appréciation discrétionnaire, c'est-à-dire exclusive, de ces départements ministériels.

B. — AVANCES AUX TITULAIRES DE MARCHÉS A RAISON DES PRESTATIONS ACCOMPLIES PAR LEURS SOUS-TRAITANTS OU LEURS FOURNISSEURS SECONDAIRES (*Article* 5).

Ces marchés peuvent être l'occasion d'acomptes, sous les conditions et selon la procédure du décret-loi du 2 mai 1938 (1). Mais l'article 5 du décret de mars 1939 leur attribue également le bénéfice d'avances, moyennant :

a) Que les prestations, transformations et approvisionnements effectués par les sous-traitants ou les fournisseurs secondaires concernent des « matériaux, matières premières, produits intermédiaires ou objets fabriqués qui entrent dans la composition de l'objet du marché ».

b) Que le titulaire du marché demeure responsable des prestations, transformations et approvisionnements, comme s'il les exécutait lui-même et, ait « délégué aux sous-traitants ou fournisseurs secondaires, à concurrence du montant du prix qu'il a accepté, tout ou partie de sa créance sur l'Etat, dans les conditions prévues par le décret du 30 octobre 1935 ».

De ces dispositions, la plus importante est de beaucoup l'obligation pour le titulaire du marché de consentir un nantissement, à concurrence du prix convenu avec eux, à ses sous-traitants ou fournisseurs secondaires; ce qui permet à ces derniers d'obtenir automatiquement et sans contestation possible le paiement de leurs propres

(1) Cfr. *supra*, p. 45 et suiv.

prestations. C'est l'application aux marchés de l'Etat et des collectivités publiques du régime ingénieux des avances sur créances à personne dénommée, plus souple, moins hérissé de conditions ou de complications (telles que la perception de lourds droits fiscaux ou la remise du titre au créancier-gagiste), d'une cession civile de créance, et introduite avec quelque succès dans la pratique bancaire (1). L'opération, entrée dans les usages, a reçu dénomination de « délégation de marchés ». L'appellation en est mauvaise, attendu que le délégataire est nanti seulement et non pas propriétaire de la créance. L'utilité en est patente; la validité en a été reconnue, motif pris de l'existence éventuelle, à défaut d'exigibilité, de la créance (2), dûment constatée par l'original ou du moins la copie du procès-verbal d'adjudication ou du cahier des charges.

C'est pour mettre un terme aux fluctuations de la jurisprudence consulaire en matière de validité des nantissements de droit commun appliqués aux marchés publics (3), et pour préserver dorénavant la régularité juridique de telles affectations en nantissement, que le décret-loi du 30 octobre, repris et complété par ceux des 25 août 1937, 2 mai et 4 juin 1938, a, pour aider et favoriser le financement des marchés de travaux et de fournitures de l'Etat et des collectivités publiques, institué un régime de nantissement suppléant à l'insuffisance du droit commun quant aux nantissements de créances et concilié la rigidité des règles de la comptabilité publique avec la solidité du nantissement, la mobilisation de la créance et la souplesse nécessaire au mécanisme du crédit (4).

(1) Cfr. J. Hamel, *op. cit.*, n° 963, p. 544.

(2) *Ib.*, n° 964, p. 547. — Cfr. Poitiers, 3 mars 1931, D. H. 31. 228.

(3) V. Trib. comm. Seine, 30 mars 1933, infirmé par arrêt de la Cour de Paris du 4 avril 1935, D. H. 35. 290.

(4) En bref, les conditions sont :

1°. — L'insertion dans le marché (sur l'exemplaire original, en principe), d'une clause formelle attributive du bénéfice du nouveau ré-

c) Que les sous-traitants et fournisseurs secondaires soient agréés par l'administration et assument envers l'Etat en ce qui concerne leurs prestations, transformations et approvisionnements, les mêmes obligations que le titulaire du marché.

gime. Après le décret-loi de 1935 qui avait subordonné le fonctionnement du système à une indication expresse de l'autorité publique, celui du 25 août 1937, art. 24, la rendit obligatoire, — hormis tout droit de l'administration de la refuser aux entrepreneurs ou fournisseurs qui lui en feraient la demande, — à l'occasion des marchés d'un prix de base égal ou supérieur à 500.000 francs; et, finalement, celui du 2 mai 1938, art. 14 et 16, supprima entièrement la restriction pour tout marché passé avec l'une des personnes morales indiquées au décret-loi de 1935.

2°. — L'indication obligatoire des modalités de règlement et désignation du comptable chargé du paiement.

3°. — L'existence d'un exemplaire spécial du marché, revêtu d'une mention, dûment signée par l'autorité contractante, indiquant que cette pièce forme titre, « en cas de nantissement consenti conformément aux articles 91 du Code de Commerce et 2075 du Code Cicil », et qu'elle a été établie, en exemplaire unique.

Cet exemplaire spécial est unique, lorsque le marché ne prévoit qu'un seul comptable assignataire. Si, au contraire, plusieurs comptables assignataires sont prévus dans le contrat, il devra être délivré par l'autorité contractante en autant d'exemplaires spéciaux qu'il y a de comptables assignataires, chacun spécifiant (art. 2 modif. par D.-L. 25 août 1937, art. 2), qu'il est « le seul destiné à former titre entre les mains de tel comptable expressément désigné à l'exclusion de tous autres mentionnés au marché ».

4°. — L'établissement des nantissements dans les conditions de fond et de forme du droit commun, sous réserve des modifications apportées par le décret-loi du 30 octobre 1935, lequel précise notamment :

a) que la signification des nantissements devra avoir lieu conformément à l'article 2075 du code civil et aux articles 13 de la loi du 9 juillet 1836 et 1er de la loi du 12 avril 1922, et qu'après la signification, aucune modification ne pourra plus être apportée ni à la désignation du comptable ni aux modalités de règlement ; et *b*) que l'obligation de la dépossession du gage sera réalisée par le fait que l'exemplaire spécial susvisé est remis au comptable désigné, qui, à l'égard des bénéficiaires de nantissements et des bénéficiaires des subrogations prévues à l'artcle 5, sera considéré comme le tiers détenteur dans le sens de l'article 2076 du code civil.

C'est apparemment, aux termes près, adhésion à la jurisprudence : Cass. Civ., 29 janvier 1886, S. 86.1.305, n. Lyon-Caen, et 27 janvier 1908, S. 10.1.537, D. 10.1.522, et à la doctrine générale : AUBRY et RAU, § 432, t. VI, 5e éd., p. 266. — *Contra* COLIN et CAPITANT, *Cours de dr. civ. franç.*, t. II, n° 1013, p. 510.

Cfr. sur ces conditions : J. VALLET : *Le crédit et le financement des marchés de travaux et de fournitures — La Caisse Nationale des Marchés.* — Thèse Paris, 1938, p. 21 et suiv. — J. F. PÉCRESSE : *La Caisse Nationale des Marchés de l'Etat, des collectivités et établissements publics.* - Thèse Paris, 1938, p. 27 et suiv. — J. HIRSCH : *Le Financement des marchés publics* - Thèse Paris, 1941, p. 32 et suiv.

Grâce à ces trois conditions, les titulaires des marchés sont mis en mesure de payer en temps voulu leurs sous-traitants ou fournisseurs secondaires et ces derniers trouvent une garantie absolue dans la procédure du nantissement qui leur est obligatoirement consenti, à concurrence du prix convenu et par l'effet duquel ils ont le moyen d'obtenir en quelque sorte automatiquement le paiement de leurs propres prestations sur les sommes mandatées au nom du titulaire du marché.

L'administration qui a passé le marché a, de son côté, des garanties suffisantes en ce qui concerne les responsabilités et les obligations attachées à l'exécution des prestations confiées aux sous-traitants ou fournisseurs secondaires du titulaire du marché.

C. — Stipulations particulières sur la constitution du nantissement.

« Les cahiers des charges peuvent prévoir que certaines prestations, transformations ou approvisionnements, qui font partie de l'exécution du marché, mais dont le prix a pu être évalué distinctement, seront traités, en ce qui concerne les modalités de règlement, comme constituant un marché distinct » (1).

a) L'évaluation distincte est le pivot de toute la combinaison. L'administration doit y pourvoir, ou, si elle s'avère impossible lors de la conclusion des marchés, y procéder par acte additionnel au marché en cause, dès que les éléments nécessaires à cette évaluation auront pu être réunis. En vérité, cet acte additionnel lui-même serait, non seulement inutile, mais même impossible, si le titulaire du marché avait, entre temps, remis son marché en nantissement pour une « somme supérieure à la différence entre

(1) Cfr. décret du 19 mars 1939, art. 5, dern. al. et circ. min. du 14 octobre 1939.

le prix global stipulé et le total des évaluations distinctes envisagées en ce qui concerne la valeur des prestations à faire exécuter par les sous-traitants ou les fournisseurs secondaires ». La pierre d'achoppement du jeu des nantissements se trouve dans l'existence des privilèges et les initiatives du débiteur, susceptibles d'absorber l'intégralité de la créance nantie ou à nantir. Il y a lieu, en l'espèce, de penser que le titulaire du marché aura vraisemblablement obtenu, par la voie du crédit ordinaire, les fonds de roulement nécessaires à sa trésorerie.

b) Evaluées distinctement dans le marché initial ou par acte additionnel, les prestations en cause sont considérées, hormis tout point de vue juridique, sous le seul aspect financier c'est-à-dire par rapport aux modalités de règlement, comme un marché distinct. Encore faut-il que le cahier des charges mentionne, en une clause expresse, conformément à l'article 6, dernier alinéa, les conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du titulaire du marché, l'administration pourra acquérir, le cas échéant, les matériaux, matières premières, produits intermédiaires ou objets fabriqués.

Il va de soi que figurera au contrat l'évaluation des prestations exécutées personnellement par le signataire du marché, établie éventuellement « par différence entre, d'une part, le prix global stipulé pour les fournitures définitives à livrer à l'Etat et, d'autre part, le total des évaluations distinctes prévues en ce qui concerne les divers groupes de prestations, transformations ou approvisionnements susceptibles d'être séparément exécutés par les fournisseurs secondaires ou sous-traitants ». Cela équivaut à une décomposition de l'opération, en vue du règlement financier, en plusieurs marchés distincts dont l'individualisation est de la plus haute importance.

c) Les marchés partiels ainsi individualisés ne peuvent, d'évidence, être affectés en nantissement qu'au profit des sous-traitants ou fournisseurs secondaires chargés des prestations qui s'y trouvent précisées : cette affectation est une condition essentielle du droit du signataire principal du marché aux avances prévues à l'article 5. L'obligation rappelle les discussions et les solutions qu'avait entraînées, avant le décret-loi de 1935, le décret de Posen du 12 décembre 1806 sur la limitation du privilège des sous-traitants et agents des fournisseurs de la guerre (1).

La division du contrat en plusieurs marchés partiels entraîne pour l'administration l'obligation de délivrer (article 2 du décret-loi du 30 octobre 1935), un exemplaire spécial pour chacun, portant, outre les dispositions contractuelles communes, les stipulations propres à ce marché, en particulier, l'évaluation des prestations et la mention que cet exemplaire est unique et forme titre.

d) Faute au contrat d'avoir inséré les stipulations nécessaires pour sa division en marchés distincts, le titulaire du marché ne pourra, sous peine de perdre l'aptitude aux avances de l'article 5 du décret, affecter son marché en nantissement au profit de tiers autres que ses sous-traitants ou fournisseurs secondaires que « pour une somme laissant subsister sur le prix total stipulé dans le marché un reliquat disponible au moins égal au prix qu'il envisage de convenir avec lesdits sous-traitants ou fournisseurs secondaires pour les prestations qu'il se propose de leur faire exécuter ». En ce cas, ce qui est nanti, c'est, non plus un marché partiel distinct, comme dans l'hypothèse précédente, mais une part du marché unique; aussi, dans l'hypothèse où le marché aura pu donner lieu à constitution, par actes séparés, de plusieurs nantissements à des dates

(1) V. AUBRY et RAU, § 263 *bis*, t. III, 5e éd., p. 333 et suiv. — HAMEL, *op. cit.*, n° 965, p. 553, n. 1.

différentes, est-ce dans l'ordre chronologique des significations desdits nantissements que seront désintéressés les bénéficiaires sur les sommes mandatées en exécution du marché considéré.

L'ensemble de ces dispositions ne manque certes ni d'ingéniosité ni de minutie ni même d'une certaine complexité; néanmoins, quel que soit le formalisme auquel devront se plier les demandeurs d'avances, il recèle incontestablement des possibilités précieuses aux entrepreneurs ou fournisseurs, ainsi qu'à leurs sous-traitants ou fournisseurs secondaires : à formalités et conditions égales, il leur permet de maintenir le volant de leur trésorerie à des conditions moins onéreuses que celles exigées par le crédit commercial ou industriel, tout en offrant les mêmes garanties à l'administration. Il y a là un aspect des choses qu'il convient de ne pas perdre de vue pour apprécier à sa juste valeur le problème quelque peu ardu des avances aux entrepreneurs ou fournisseurs.

D. — Avances pour emploi de matériel spécial ou création de chantiers (article 7).

Pareil emploi ou pareille création nécessaire à l'exécution du marché est, de fait ou de droit, une prestation indirecte par rapport à l'objet du marché : elle ne saurait donc poser une question de transfert de propriété à l'administration et, en conséquence, mettre en jeu la procédure des acomptes. Seule l'allocation d'avances pourrait être envisagée. Encore a-t-il convenu d'en subordonner l'octroi à un certain nombre de conditions.

a) En principe, peuvent seuls bénéficier d'avances à ce titre les titulaires de marchés de travaux ou de fournitures spécialement passés avec l'un des départements de la guerre, de la marine, de l'air ou des colonies. Ceux des

autres départements ministériels ne seraient admis à la faveur des avances que moyennant un arrêté du ministre des finances et du ministre intéressé intervenu en raison de la nature et des conditions spéciales d'exécution des prestations considérées.

b) La valeur du matériel spécial employé ou des chantiers créés figurera au moins pour les 3/5es à titre d'amortissement dans le prix des travaux ou des fournitures. Corrélativement le montant des avances ne pourra dépasser les 3/5es de cette valeur et être versé qu'après paiement du matériel acquitté ou établissement des chantiers.

c) Le cahier des charges précisera minutieusement la nature et la désignation du matériel et des installations, les justifications utiles à la détermination de leur valeur, le délai pour la constitution de ce matériel ou de ces installations ; le quantum « des déductions à opérer à titre de remboursement des avances délivrées sur les décomptes de services faits en vue du règlement d'acomptes ou de paiement pour solde ainsi que, le cas échéant, sur le montant du cautionnement définitif exigé du titulaire du marché ou du cautionnement de la caution personnelle et solidaire substituée au cautionnement définitif » (article 7) ; enfin les conditions d'acquisition éventuelle par l'administration du matériel ou des chantiers, en cas de défaillance du titulaire du marché.

II

AVANCES EN CAS DE MOBILISATION

Cette catégorie est de date plus récente : la matière tout exceptionnelle en a été ajoutée à la théorie générale (I) par le décret du 21 septembre 1939 (1), au lende-

(1) *J. Off.* du 22, p. 11636.

main de la mobilisation générale, complété par celui du 31 janvier 1940 (1).

A. — Pour constitution d'outillages spéciaux (article 7*bis* du décret du 19 mars 1939).

a) Le bénéfice en est limité aux marchés de fournitures passés par les seuls départements ministériels de la défense nationale et de la guerre, de la marine, de l'air et des armements, à condition que ces marchés stipulent l'obligation et la nécessité de constituer des outillages indispensables à l'exécution de la fourniture.

b) La décision en est remise à l'autorité contractante, sur avis conforme du « Comité consultatif pour l'attribution des prêts aux entreprises intéressant la défense nationale », dans la « limite d'un maximum égal à la valeur de la fourniture à produire pendant une durée de trois mois en période de régime prévue au marché ». La limite était ainsi très précise au calcul des avances ; très rapidement elle fut dépassée par une application beaucoup trop large et de la lettre et de l'esprit du texte : l'allocation abusive d'avances considérables en vue de l'acquisition de matériel très important ou même de la constitution de tout un ensemble industriel, tous investissements dont le financement au moyen d'avances de l'Etat ressortit normalement au régime des avances de trésorerie à moyen terme. Aussi une instruction interministérielle du 8 février 1940 se prit vite, par abrogation correspondante de celle du 14 octobre 1939, à restreindre le champ d'application à des « outillages complémentaires représentant des aménagement peu importants d'installations existantes » (article 7 *bis* nouveau).

(1) *J. Off.* du 6 février, p. 973.

Très ferme et limitative dans ses dispositions, l'instruction commande le rejet immédiat de toute demande qui dépasserait la limite assignée. Au surplus, elle suggère aux administrations la possibilité d'inviter les intéressés à solliciter des « avances de trésorerie à moyen terme dans les conditions du décret du 27 octobre 1939 » (1), avances, il est vrai, plus onéreuses que celles examinées présentement. Elle porte même qu'au cas où l'industriel ne pourrait honorer ses engagements, les équipements nécessaires à la défense nationale seraient à exécuter directement par l'Etat, qui en deviendrait de ce fait propriétaire. Le marché ou, s'il y a lieu, un acte additionnel, devra stipuler, pour ce cas, les conditions d'acquisition par l'Etat des outillages spéciaux ayant donné lieu à avances.

c) Le versement des avances ne peut avoir lieu avant que le contrat passé pour l'acquisition des outillages ne soit devenu définitif, ni le payement, sans qu'ait été remise au Trésor une prime de garantie calculée au taux annuel de 4 % sur le montant total des avances.

L'instruction interministérielle du 8 février 1940 prévoit à ce sujet la faculté pour les administrations intéressées de requérir du bénéficiaire des avances, au lieu du paiement de la prime de garantie, la constitution d'une sûreté réelle par voie d'affectation hypothécaire ou d'une sûreté personnelle par la remise de l'engagement d'une caution personnelle et solidaire s'obligeant au remboursement de la totalité des avances dans les conditions prévues par l'article 9 du décret du 19 mars 1939. La garantie, quelle qu'elle soit, devra être bien définie dans les pièces comptables servant de base au paiement des avances.

d) Déduction est faite des avances sur le montant des décomptes ultérieurs de services faits à produire en vue

(1) *J. Off.* du 1er novembre 1939, p. 12787. Cfr. *infra*, p. 89 et suiv.

du règlement d'acompte. Le remboursement doit être intégral au moins à la date du paiement du dernier acompte attribué à raison « de la valeur de la fourniture correspondant à la production prévue au marché pour les huit premiers mois de la période de régime ».

B. — Pour l'acquisition de machines et d'outillages pour le compte de l'État (article 7 *ter*).

Le décret du 31 janvier 1940 (1) a ajouté à celui du 19 mars 1939 l'article 7 *ter*. Cette catégorie d'avances, applicable aux seuls ministères de la défense nationale et de la guerre, de la marine, de l'air et de l'armement, obéit aux mêmes règles que celles qui régissent les « avances exceptionnelles pour constitution d'outillages spéciaux » étudiées ci-dessus (2) : comme celles-ci, elles exigent préalablement l'avis conforme du « Comité consultatif pour l'attribution des prêts aux entreprises intéressant la défense nationale » ainsi que l'engagement d'une caution personnelle et solidaire dans les conditions du décret du 12 décembre 1936. Il n'y a de particulier en la règlementation que la limitation des avances à la moitié de la valeur des acquisitions à faire pour le compte de l'Etat ; de même le remboursement doit avoir lieu par imputation sur le montant des sommes dues « à titre d'acomptes ou de solde du prix des machines ou outillages ».

C. — Pour salaires payés et démarrage (article 8).

Les deux causes d'avances sont venues, par addition au texte original de l'article 8 du décret de mars 1939, de

(1) *J. Off.* du 6 février, p. 973.

(2) Cfr. *supra*, p. 81 et suiv.

la prévision de la mobilisation ou de la tension des relations internationales (1), par les décrets des 1er et 21 septembre 1939. La première était moins inédite que la seconde.

a) Les *salaires* des ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs et sous-traitants ont, de tout temps, retenu l'attention (2), pour en faire la matière d'un privilège (Loi du 26 pluviose an II ; article 46 du livre I du Code du travail) : ici, pour faire bénéficier le titulaire d'un marché passé « pour les besoins de la nation », d'avances renouvelables (circ. min. 14 octobre 1939) dans la limite des 5/6es des salaires payés et des charges sociales y afférentes, à condition que les uns et les autres concernent exclusivement le personnel employé à l'exécution du marché en cause (article 8, alinéa 1er, du décret de 1939). Un état arrêté et certifié contradictoirement par le titulaire du marché et l'autorité chargée de la surveillance de l'exécution des prestations devra fixer le montant des salaires et des charges sociales.

b) Le *démarrage* i. e. la réalisation d'une entreprise constituée, d'une fourniture adjugée, d'un marché souscrit, dépend souvent d'une ouverture de crédit, d'une avance qui la « finance », permette l'acquisition de matériaux ou de capitaux circulants : ainsi en est-il dans la pratique bancaire.

L'article 8, alinéa 2, du décret s'est inspiré, pour les marchés de l'Etat, de la même finalité. Une avance à l'en-

(1) Cfr. art. 1er de la loi du 11 juillet 1938, *J. Off.* du 13, p. 8330 : « Les mesures destinées à passer de l'organisation pour le temps de paix à l'organisation pour le temps de guerre sont prévues dès le temps de paix. L'exécution de tout ou partie de ces mesures peut être ordonnée, soit dans le cas d'agression manifeste mettant le pays dans la nécessité de pourvoir à sa défense, soit dans les cas prévus par le pacte de la S. D. N. soit en période de tension extérieure, lorsque les circonstances l'exigent... »

(2) Cfr. note SARRUT, s. Bordeaux, 29 mars 1895, D. 00.2148.

trepreneur ou au fournisseur, sur le premier marché à compter de la mobilisation, est possible à concurrence du montant des salaires et des charges sociales y afférentes payables, au titre de la première quinzaine, au personnel exclusivement employé dans les chantiers ou ateliers fonctionnant pour l'exécution du marché. Elle est renouvelable, mais seulement pour la deuxième quinzaine.

Une autre l'est, au maximum de 30 pour 100 de la valeur de la fourniture mensuelle prévue en période normale de régime pour le marché considéré, ou, à défaut d'une détermination précise de cette production mensuelle, selon une addition du décret du 21 septembre 1939, au dixième du prix du marché (1).

Un même entrepreneur ou fournisseur ne peut bénéficier de l'une ou de l'autre qu'une seule fois pour une même catégorie de travaux ou de fournitures.

En ce qui concerne l'exécution de commandes faisant l'objet, non de marchés, mais de lettres de commande ne stipulant pas le prix définitif de la fourniture, les deux catégories d'avances prévues par l'article 8 peuvent être allouées d'après la circulaire ministérielle du 14 octobre 1939, à condition toutefois que les stipulations desdites lettres aient pris effet et créé des obligations réciproques à la charge de l'administration et du fournisseur. Dans cette hypothèse, la lettre de commande devra comporter le prix provisoire, être visée pour valoir marché et être soumise, bien entendu, à l'enregistrement.

D'autre part, les avances consenties au titre du même article 8 ne peuvent se cumuler pour une même catégorie de travaux ou de fournitures avec celles prévues par les articles 6 et 7 du même décret, à l'exception de celles qui correspondent à des approvisionnements en matériaux ou matières premières.

(1) Cfr. décret du 21 septembre 1939, article 2.

§ 2 - *Conditions de paiement et de remboursement.*

1. — Paiement

Les articles 2 et 3 du décret du 19 mars 1939, qui les déterminent, renvoient aux dispositions correspondantes (articles 3, 4 et 5, alinéas 1 et 2) du décret-loi du 2 mai 1938 relatif au paiement des acomptes (1).

La procédure de paiement est en principe identique, ici et là ; elle suppose réalisées les conditions techniques prévues au contrat. Il en est de même pour les sanctions par intérêts moratoires.

L'ordonnancement ou le mandatement en est pareillement effectué dans les formes et délais de règle quant aux dépenses de matériel (2). L'imputation à un exercice se détermine par la date du procès-verbal de constatation des prestations accomplies ou, en cas de retard imputable à l'administration, par la date du procès-verbal obligatoire (article 4, alinéa 1).

L'interprétation *a contrario* la plus juste des termes dans lesquelles cette procédure est prévue au profit de tous les marchés de l'Etat, des offices et établissements publics nationaux, comportant l'octroi d'avances en exécution de clauses spéciales, met hors son jeu les avances exceptionnelles accordées par décision gracieuse du ministre intéressé. Au total une identité de règles pratiques sur la base de conditions techniques pareilles. Un cas particulier a déterminé une disposition à l'article 3, alinéa 3, pour le cas de marchés ou lettres de commande n'ayant pas précisé les conditions d'attribution des avances.

Celles que peut requérir le titulaire du marché ayant livré ou exécuté partie des produits et prestations doivent être calculées « d'après la valeur dûment justifiée » de

(1) Cfr. *supra*, p. 46 et suiv.

(2) Cfr. *supra*, p. 54 et 55.

ces travaux ou fournitures. Il n'y aurait impossibilité à leur attribution que si elle était écrite dans le cahier des clauses et conditions générales (article 2, alinéa 4).

2. — Remboursement

Un principe domine : celui du remboursement obligatoire de toutes les avances à *court* terme conditionnées aux articles 5, 6 et 8 du décret avant liquidation définitive du marché, par la voie de déduction sur les premiers mandats ou ordonnances à émettre pour paiement d'acompte ou de solde (1).

Une disposition spéciale a été écrite au décret du 1er septembre 1939, par addition à l'article 4 de celui du 19 mars : elle permet de stipuler numériquement dans les cahiers des charges ou les marchés des ministères de la défense nationale et de la guerre, de la marine et de l'air, le « quantum » des déductions à opérer au titre du remboursement des avances. La faculté se rapporte tout spécialement aux avances pour emploi de matériel spécial ou création de chantiers (article 7).

Le caractère exceptionnel de l'article 7 *bis*, du temps de sa mise en action par la mobilisation et de l'affectation des avances à la constitution d'outillages spéciaux, s'est traduit en une règlementation distincte : selon le dernier alinéa de l'article 7 *bis*, le remboursement doit être intégral au plus tard lors du paiement du dernier acompte

(1) L'instruction ministérielle du 8 février 1940, dans l'hypothèse où la somme à mandater se trouverait, du fait de la réduction susdite, ramenée à zéro, porte n'y avoir lieu à établissement d'un mandat ou d'une ordonnance, mais simplement à conservation par le service intéressé, pour les joindre au premier titre futur de paiement, des éléments de cette liquidation, spécialement du total des acomptes auxquels correspond le mandatement effectué. Celle du 14 octobre 1939 avait disposé au contraire que l'ordonnance ou le mandat serait « acquitté pour ordre » par le comptable assignataire. De toute évidence, que l'on adopte l'un ou l'autre procédé, ce qui importe, c'est d'individualiser nettement les différentes phases du remboursement des avances.

attribué « à raison de la valeur de la fourniture correspondant à la production prévue au marché pour les huit premiers mois de la période de régime ». Dans ce délai qui ne doit être dépassé en aucun cas, il appartient à l'administration chargée de suivre l'exécution du marché de déterminer le quantum des déductions visées de manière à réaliser au plus tôt le remboursement intégral des avances consenties. Conformément à la circulaire ministérielle du 14 octobre 1939, « le montant cumulé des avances et des acomptes mis en paiement ne peut, en aucun cas, dépasser la quotité du marché (en règle générale 5/6es) fixée par les règlements de comptabilité comme limite maxima des paiements d'acompte ».

§ 3 - *Champ d'application du décret du* 19 *mars* 1939.

Ce dernier, applicable dès sa publication à tous les marchés de travaux et de fournitures de l'Etat, des offices et établissements publics nationaux, a même réservé l'effet de ses dispositions, en tout ou en partie, par avenant, aux marchés intervenus avant cette date. D'autre part, son article 12 abrogeait purement et simplement le décret du 24 septembre 1938 sur les avances aux titulaires de marchés de fournitures de l'aéronautique (1). Les dispositions de ce texte ont d'ailleurs été, en grande partie, reproduites par l'article 7 du décret du 19 mars 1939 relatif aux avances pour emploi de matériel spécial ou création de chantiers (2). Faites pour les marchés de fournitures de l'aéronautique, elles ont été étendues ainsi aux marchés de travaux ou de fournitures passés par les départements de la guerre, de la marine, de l'air ou des colonies. Un arrêté interministériel contresigné du ministre des finances

(1) *J. Off.* du 25, p. 11244.

(2) Cfr. *supra*, p. 79 et 80.

pourra même, en cas de besoin, en faire bénéficier les marchés passés par un département ministériel autre que ceux énumérés ci-dessus.

SECTION II

Les avances de trésorerie à moyen terme

§ 1er - *Leur institution.*

Elle ouvre une phase nouvelle et très hardie dans l'évolution des mesures directes prises par l'administration pour faciliter la trésorerie déficiente ou insuffisante de ses entrepreneurs ou fournisseurs. Ce sont de véritables prêts bancaires consentis directement par l'Etat pour un délai indépendant de la durée d'exécution du marché, moyennant intérêts, sur les ressources du Trésor, par l'intermédiaire de différents établissements publics : Crédit National, chambres de commerce, chambres des métiers.

L'intensification de la production des matériels nécessaires à la défense nationale, la réalisation dans les délais prévus du programme d'armement en furent la cause et l'article 37 de la loi du 11 juillet 1938 (1) sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre, la charte.

(1) *J. Off.* du 13, p. 8330. Article 37 : « Dans les cas prévus à l'article 1er de la présente loi, le ministre des finances pourra être autorisé, par décret pris en conseil des ministres, à consentir sur les ressources de la trésorerie, à des organismes publics ou privés intéressant la défense nationale, les avances qui leur seraient indispensables pour remplir immédiatement le rôle qui leur est dévolu pour le temps de guerre... ».

Cet article précise, d'une part, les cas dans lesquels ce régime est applicable, d'autre part, l'autorité qualifiée pour consentir ces avances, enfin, les conditions à remplir par les bénéficiaires.

1. — Les cas sont indiqués par l'article 1er de la loi : agression manifeste mettant le pays dans la nécessité de pourvoir à sa défense ; cas prévus par le pacte de la Société des Nations et tension extérieure, si les circonstances exigent le passage à l'organisation pour le temps de guerre.

Ainsi le champ d'application de ce nouveau régime d'avances est nettement limité au temps de guerre ou à une période de tension extérieure. Il s'agit donc, il faut le dire, d'un régime tout à fait exceptionnel.

2. — L'autorité qualifiée pour les consentir est exclusivement le ministre des finances par voie de décret pris en conseil des ministres et à soumettre à la ratification de l'autorité législative dans les conditions et délais précisés par l'article 37 susvisé.

3. — Les bénéficiaires sont tous les « organismes publics ou privés intéressant la défense nationale », ayant besoin d'avances « pour remplir immédiatement le rôle qui leur est dévolu pour le temps de guerre ». La formule est d'une telle généralité qu'elle impliquait l'institution d'un organisme pour examiner l'opportunité et le bien-fondé des demandes d'avances au triple point de vue technique, financier et économique; elle fut l'œuvre du décret-loi du 27 octobre 1939.

§ 2 - *Leur régime.*

1. — Pour l'ensemble des entreprises

Les décrets-lois se sont succédé, l'un abrogeant l'autre pour mettre un terme aux tâtonnements et amener le

régime aux procédures et aux résultats les plus favorables : celui du 20 mars 1939 fut abrogé le 9 septembre suivant et ce dernier remplacé lui-même par le décret-loi du 27 octobre 1939. Le rappel succinct de leurs dispositions principales, d'ailleurs particulièrement libérales, fait preuve du progrès cherché.

A. — Le décret-loi du 20 mars (1) prévoyait, par référence à la loi du 11 juillet 1938, une procédure d'attribution très sommaire : le bénéfice d'avances sur les ressources du Trésor, à concurrence de 650 millions, pouvait être réservé aux « entreprises titulaires de marchés intéressant la défense nationale, ayant des besoins de trésorerie exceptionnels et dont la justification serait admise » (article 1er). Un arrêté interministériel de la défense nationale et des finances les décidait et les conditionnait dans chaque cas (article 4), sous réserve de leur publication trimestrielle par liste nominative au *Journal Officiel.*

Au titre des garanties étaient requises, d'une part, une caution du dixième agréée dans les conditions habituelles de la règlementation des marchés publics et, d'autre part, des sûretés complémentaires déterminées par l'arrêté attributif de l'avance. Par une disposition extrêmement libérale (article 2, alinéa 2), était admis, avant toute constitution de garantie, le versement d'un premier acompte dans la limite du cinquième de l'avance totale et d'un maximum de 250.000 francs.

Ces avances portaient intérêts au taux de 5 % et devaient être remboursées dans un délai maximum de 5 ans, sous peine de faire aux échéances prévues l'objet d'une inscription au compte d'investissement en capital de l'exercice en cours.

(1) *J. Off.* du 21, p. 3666.

B. — Le décret-loi du 9 septembre (1) eut pour objectif, à en juger par le rapport qui le précède, sur le plan de la loi de 1938 et selon les nécessités de la mobilisation générale, d'étendre le bénéfice des avances sur les ressources de la trésorerie à « tous les organismes intéressant la défense nationale », selon des modalités élargies.

Il n'apportait aucune modification ni au taux de l'intérêt, ni au délai maximum de remboursement des avances qui restaient fixés respectivement à 5 % et à 5 ans. Il ramenait de 650 à 600 millions leur importance. Par ailleurs, il simplifiait les formalités et admettait même, pour l'allocation des avances, au lieu d'un arrêté interministériel, une simple décision signée du représentant commun des deux ministres, dans les conditions arrêtées par eux.

Cet arrêté ou cette décision fixait, dans chaque cas, les modalités particulières d'attribution ainsi que les garanties de remboursement à exiger des bénéficiaires. En somme, hormis le montant total des avances mobilisables, le taux de l'intérêt et le délai de remboursement, qui restaient fixés à leur plafond antérieur, le décret-loi abrogeait celui du 20 mars 1939, mais en avait singulièrement élargi les conditions.

Cependant il est à croire que cette réforme était ou trop sommaire ou trop libérale et dépourvue de garanties suffisantes pour subir sans abus l'épreuve d'une longue pratique : très rapidement, le décret-loi du 27 octobre 1939 (2) vint s'y substituer en règlementant d'une façon beaucoup plus minutieuse l'institution dont il s'agit.

C. — La procédure fixée par ce texte, tout en restant libérale, a l'avantage d'être réglée d'une façon plus pré-

(1) *J. Off.* du 13, p. 11350.

(2) *J. Off.* du 1er novembre, p. 12787.

cise, de manière à éviter des erreurs et des facilités abusives.

a) L'article 1er reprend la formule élargie du décret-loi antérieur sur les avances de trésorerie à moyen terme aux « entreprises intéressant la défense nationale », en vue de leur permettre de « remplir le rôle qui leur est dévolu pour le temps de guerre ». Toutefois, l'innovation digne d'attention était leur octroi par l'intermédiaire du Crédit National. Le fonds de trésorerie affecté à ces avances demeurait limité comme ci-devant à 600 millions. Les modifications ont porté sur le pourcentage des intérêts et le temps ouvert au remboursement. L'un varie selon l'appréciation du ministre des finances, au lieu d'être arrêté d'office à 5 % : système plus rationnel, mieux adapté aux fluctuations du marché monétaire ; l'autre est doublé, porté de cinq à dix ans: facilité exceptionnelle qui donne à l'avance l'allure d'un véritable crédit bancaire consenti par l'Etat à ses fournisseurs industriels.

b) Les demandes d'avances sont instruites et appréciées par le ministre de la défense nationale, qui statue en liaison avec les ministres intéressés aux travaux ou fournitures. Si leur opportunité est admise, elles sont transmises au Crédit National qui les examine au point de vue économique et financier et les soumet pour décision à la commission d'attribution des avances. Celle-ci, qui est présidée par le directeur général du Crédit National et comprend des représentants des ministères intéressés ainsi que de la Banque de France, en fixe les modalités, détermine les sûretés à exiger et statue sur les difficultés éventuelles relatives au remboursement.

c) Le directeur général du Crédit National, par délégation du ministre des finances, signe, au nom de l'Etat, les contrats à passer en conformité des décisions de

la commission et prend les sûretés déterminées par elle. Les fonds sont mis à sa disposition par le Trésor au fur et à mesure de la réalisation de chaque avance. Il est, en outre, chargé, pour le compte de l'Etat, du recouvrement des sommes dues tant en intérêts qu'en amortissement et de leur reversement au Trésor.

Une situation mensuelle, adressée par le Crédit National au ministre des finances, rend compte à ce dernier des opérations de versement ou de recouvrement réalisées. Les frais de ces opérations sont à la charge des bénéficiaires des avances. La couverture forfaitaire de ces frais ainsi que les modalités de l'intervention du Crédit National font l'objet de conventions spéciales. Le système, avec l'élément et l'originalité du rôle assigné au Crédit National, marque un progrès très net sur le régime des décrets-lois des 20 mars et 9 septembre 1939.

2. — Pour les groupements de petits industriels et artisans

Un régime spécial fut aménagé, selon les tendances et faveurs accoutumées à la législation politique et sociale, aux groupements de petits industriels et artisans participant aux marchés de la défense nationale : le décret-loi du 18 novembre 1939 (1) autorise les petites exploitations à former des groupements locaux, auxquels l'Etat peut attribuer des marchés de fournitures, à charge par eux de répartir les commandes entre leurs membres ; un autre décret-loi du 22 février 1940 (2) leur a ouvert le bénéfice des avances prévues en faveur des autres titulaires de marchés de la défense nationale.

(1) *J. Off.* du 1er décembre, p. 13538.

(2) *J. Off.* du 5 mars, p. 1614.

a) Il était, d'évidence, impossible, du moins assez irréalisable, de traiter individuellement avec les intéressés: d'où le recours, judicieusement fait, comme intermédiaires, aux chambres de commerce elles-mêmes en liaison avec les chambres des métiers en ce qui concerne les artisans, et donc particulièrement qualifiées pour apprécier la situation des demandeurs, l'opportunité et l'importance des avances de trésorerie à moyen terme susceptibles de leur être accordées. L'article 1er du décret-loi du 22 février 1940 accorde ces sommes aux chambres de commerce « à concurrence des avances consenties par ces dernières aux petits industriels ou artisans membres des groupements qui ont été ou seront constitués pour les fabrications de la défense nationale et qui seront titulaires de marchés à ce titre ». L'attribution leur en est faite dans les conditions fixées par le décret-loi précité du 27 octobre 1939 et dans la limite prévue à ce titre d'un montant maximum de 50 millions.

Ce texte autorisait les avances dans la limite des sommes demeurant disponibles sur le montant des 650 millions prévu par l'article 1er du décret-loi du 9 septembre 1939; c'est sur ce volant de trésorerie que devaient être prélevées les avances aux petits industriels et artisans dans la limite du montant maximum de 50 millions fixé par le décret du 22 février 1940.

b) Des demandes d'avances retenues par les chambres de commerce, l'examen est remis au service local du ministère signataire du marché de fournitures et leur opportunité décidée par cette voie.

Il appartient, d'après le texte, aux chambres de commerce d'adresser au Crédit National les avis formulés par les services locaux susvisés et de demander à cet organisme le versement des sommes nécessaires à la couverture des avances consenties ; directement redevables envers

le Trésor des sommes à elles avancées dans les conditions exposées, obligées par là même à aménager en conséquence les échéances de remboursement des avances consenties aux membres des groupements susvisés, il leur appartient d'exiger les garanties réelles ou personnelles à constituer et de fournir du tout un compte rendu mensuel au Crédit National.

c) Les avances consenties aux membres des groupements susvisés produisent intérêt au profit des chambres de commerce au taux fixé par le ministre des finances en application de l'article 2 du décret-loi du 27 octobre 1939 ; celles faites aux chambres de commerce produisent intérêt au profit du Trésor, à un taux inférieur de 1,50 % à celui arrêté par le ministre des finances. La différence de 1,50 % entre les deux taux représente la couverture forfaitaire des frais engagés par les chambres de commerce à l'occasion de leurs opérations de prêt.

CONCLUSION

La réforme étudiée en cet essai constitue une innovation considérable dans le droit public ; elle a apporté de notables améliorations aux méthodes de financement administratif, donné aux titulaires de marchés publics un véritable statut fixant leurs droits et leur conférant même, sous forme d'intérêts moratoires, des garanties au cas de retards dans le paiement imputables à l'administration ; entrepreneurs et fournisseurs ne sont plus à la merci de mesures plus ou moins arbitraires, d'interprétations tendancieuses de leur contrat, ni de lenteurs administratives : assurés de leurs droits au paiement, ils peuvent prendre, en temps voulu, leurs dispositions de trésorerie en conséquence.

Du point de vue juridique et technique, elle a eu notamment le mérite de définir sans ambiguïté le critère des acomptes et des avances, permis de délimiter avec précision leur champ d'application respectif et mis fin aux confusions entre acomptes et avances antérieurement commises sous la poussée de la préoccupation latente de minimiser le procédé des avances et de « calmer ainsi les susceptibilités des comptables publics ».

Du point de vue législatif et social, elle est un remarquable exemple de la discipline que l'administration française sait s'imposer dans l'intérêt de sa fonction; c'est une nouvelle illustration du phénomène institutionnel qui, selon l'éminente démonstration du doyen Hauriou, consiste dans la « soumission du pouvoir à l'idée de service à ren-

dre et de fonction à accomplir », étant entendu que cette soumission est en grande partie volontaire et, partant, d'autant plus méritoire et féconde en garanties (1).

***

A la lumière des nouvelles dispositions, les acomptes apparaissent comme des extensions de la règle du service fait et leur octroi reste toujours subordonné au transfert de propriété à l'administration de l'objet du marché, dont le paiement est en cause. Il en va tout différemment des avances : l'administration en a poussé jusqu'à l'extrême limite, par des procédés aussi hardis qu'ingénieux, les possibilités. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que leur régime, conditionné par des textes spéciaux, a un caractère tout à fait exceptionnel et trouve sa seule justification dans la nécessité pour l'administration de mobiliser le plus rapidement et complètement possible toutes les ressources de la nation.

Est-ce à dire que ces procédés supplémentaires employés par l'administration pour soutenir la trésorerie de ses entrepreneurs et fournisseurs soient à condamner ? Comme en bien des domaines, il faut faire la part des choses. A des situations anormales, il faut remédier par des mesures exceptionnelles. Que les circonstances dans lesquelles ces moyens ont été employés aient été de plus en plus difficiles, toute l'évolution économique de ces dernières années l'atteste. Que, par ailleurs, les moyens normaux du crédit commercial ou industriel aient été précaires et insuffisants devant l'énormité des programmes de travaux et d'armement, dont l'exécution fut entreprise à la veille du conflit, il n'y a rien d'étonnant.

Les procédures d'avances organisées à un moment particulièrement difficile ne doivent pas être considérées

(1) Cfr. *Précis de dr. administr.*, 5e éd. Sirey. 1943, p. 25 et suiv.

comme l'application rigoureuse d'un système, mais plutôt, sous un angle réaliste, comme des moyens exceptionnels et auxiliaires, destinés aussi bien à assurer le fonctionnement des grands services publics dont l'Etat à la charge qu'à soutenir les entrepreneurs et fournisseurs dont le concours lui demeure indispensable. Il n'en reste pas moins que le procédé des avances est incontestablement contraire aux conceptions orthodoxes et traditionnelles du droit public.

***

On peut se demander, d'une manière plus générale, si les améliorations apportées au régime des acomptes et des avances ont atteint le but que le législateur s'était proposé et si la réforme a contribué efficacement à faciliter la trésorerie des entrepreneurs et fournisseurs.

La réponse à pareille question n'est pas douteuse : la réforme répondait à une véritable nécessité résultant de l'instabilité de la vie économique, de la hausse constante des prix et de l'incertitude de l'avenir immédiat; avec une insistance grandissante, les industriels réclamaient un règlement rapide et sûr des créances découlant de l'exécution de leurs prestations. L'application des nouvelles dispositions a facilité, dans une large mesure (1), la trésorerie des titulaires de marchés ; à tout le moins, ces derniers n'étaient plus contraints de rechercher auprès des établissements bancaires un crédit qui se faisait de plus en plus rare et dont l'obtention en tout cas restait subordonnée à des conditions assez onéreuses (2). A lui seul,

(1) Il n'existe pas, à notre connaissance, de renseignements statistiques en la matière.

(2) Le taux exigé atteignait couramment 10 à 15 %. Cfr. J. F. Pécresse : « *La Caisse Nationale des marchés de l'Etat, des collectivités et établissements publics* », thèse Paris, 1938, p. 27 et J. Hirsch : « *Le financement des marchés publics* », thèse Paris, 1941, p. 50.

ce résultat suffirait à justifier une réforme qui, simultanément, par l'établissement de sanctions précises, était soucieuse de stimuler la machine administrative menaçant de se paralyser quelque peu devant l'ampleur croissante de ses charges.

Est-ce à dire, d'autre part, que les améliorations apportées à la trésorerie des entrepreneurs et fournisseurs aient eu pour résultat, comme semblent l'avoir escompté ses auteurs (1) et comme il eût été de stricte justice et convenance, des conditions de prix plus avantageuses pour l'administration ? Sur ce point, des doutes sont permis, à défaut de résultats positifs nettement établis ; des administrateurs expérimentés vont même jusqu'à nier catégoriquement que l'accélération des paiements et les facilités de crédit aient conduit les industriels traitant avec l'administration à lui consentir une contrepartie équitable et légitime. Cet aspect des choses avait déjà fait l'objet de controverses passionnées (2) au sujet de l'efficience du système des adjudications basé sur l'appel à la concurrence (3). Beaucoup d'esprits avisés contestent, en effet, que celui-ci ait toujours eu pour résultat de faire bénéficier

(1) Cfr. notamment circulaire de la présidence du conseil du 8 juillet 1938.

(2) Cfr. M. Waline : *Manuel élém. de dr. administr.*, 2e éd., 1939, p. 516 et suiv.

(3) On sait que, depuis l'intervention du décret du 6 avril 1942 (*J. Off.* du 11, p. 1370) relatif aux marchés passés au nom de l'Etat, la question du prix optimum se pose de moins en moins dans les circonstances actuelles. Ce décret a apporté des modifications profondes au régime administratif des marchés, tel qu'il résultait du décret du 18 novembre 1882 : tandis que l'appel à la concurrence était ci-devant la règle et les marchés de gré à gré l'exception, le décret du 6 avril 1942, sans répudier le principe de l'appel à la concurrence, prévoit, dans une large mesure, en raison de la situation économique issue de la guerre actuelle, l'emploi du procédé de l'entente directe ; l'économie contrôlée ayant pratiquement supprimé la concurrence, les prix figurant dans les soumissions sont normalement ceux homologués par les Comités provisoires d'organisation créés par la loi du 16 août 1940 et dont la mission consiste à organiser la production industrielle du pays. Cfr. instr. min. écon. nat. et fin. du 30 janvier 1943.

l'administration des conditions optima de prix ; ils fondent leur jugement sur le fait qu'il est pratiquement difficile à l'administration de déceler des ententes secrètes toujours possibles entre soumissionnaires.

Sans aller jusqu'à admettre l'existence de telles ententes entre les industriels bénéficiaires de la récente réforme, il est difficile, faute de renseignements précis, d'affirmer que celle-ci ait donné, sous ce rapport, des résultats favorables aux finances publiques. A la vérité, la solution équitable de cette question reste subordonnée à l'existence de deux impondérables : l'évolution des conditions de la vie économique et de la moralité publique. Comme toujours en matière de réformes, et abstraction faite du facteur économique, l'instrument aura la valeur que veulent bien lui donner ceux qui l'emploient.

Vu :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 2 mars 1944,
Le Président de thèse,
Joseph DELPECH.

Vu :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 2 mars 1944,
Le Doyen de la Faculté,
Joseph DELPECH.

Vu et permis d'imprimer :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 2 mars 1944,
P. le Recteur de l'Académie,
Le Vice-président du Conseil de l'Université,
André FORSTER.

INDEX CHRONOLOGIQUE DES TEXTES

I. — CODES

CODE CIVIL

Art. 2075 75
— 2076 75

CODE DE COMMERCE

Art. 91 75

CODE DU TRAVAIL

Livre I, art. 46 84

II. — LOIS, DECRETS, CIRCULAIRES, INSTRUCTIONS

An II

L. 26 pluviôse 84

1806

D. 12 décembre (de Posen) .. 78

1836

L. 9 juillet 75

1862

D. 31 mai 11

1869

D. 3 avril 25, 28, 32, 33

1882

D. 18 novembre 100

1888

D. 4 juin 5

1914

Circ. min. guerre 16 août .. 28
Circ. min. fin. 24 août 28
Circ. min. marine 27 août .. 28
D. 20 décembre. 23, 24, 25, 28, 32

1915

D. 27 mars
— (avances pour achat mat. prem. et paiement salaires) 24, 29, 30 32
— (avances pour dépenses à l'étranger) 29
D. 15 juillet 30
L. 28 septembre 30

1916

D. 21 janvier 23, 24, 25, 28 32, 34, 43
D. 17 février 30, 31, 34

1920

Circ. min. trav. publ. 17 janvier 18
D. 5 octobre 5

1922

L. 12 avril 75

1926

D. 15 octobre 48

1931

D. 1er octobre 5

1933

Instr. min. guerre 5 avril.. 26, 48

1934
D.L. 25 juin 55

1935
D.L. 30 octobre .. 6, 73, 74, 75, 78

1936
L. 19 août 7
D. 12 décembre 5, 69, 83

1937
D. 27 avril 56
D.L. 25 août 6, 74, 75

1938
L. 13 avril 39
D.L. 2 mai ... 6, 45, 46, 48, 53, 60
62, 65, 73, 74, 75, 86
D.L. 4 juin 74
D.L. 14 juin 5, 7, 45, 60
Circ. min. fin. 5 juillet 46, 48, 49
51, 53, 58, 63
Circ. prés. cons. 8 juillet. 51, 100
L. 11 juillet 84, 89, 91, 92
Circ. min. écon. nat. 10 août.. 56
D. 24 septembre 88

1939
Circ. min. déf. nat. et guerre
13 janvier 51
D. 19 mars 19, 25, 41, 43, 46
54, 59, 62, 65, 67, 69
76, 81, 82, 83, 86, 88
D.L. 20 mars 66, 91, 92
D. 1er septembre .. 65, 68, 69, 84
D. 9 septembre 65, 92, 94
D.L. 9 septembre 66, 91, 94
D. 21 septembre 65, 67, 68
80, 84, 85
Instr. min. 14 octobre 42, 65
68, 71, 72
76, 81, 84, 85, 87
D.L. 27 octobre 66, 82, 90
91, 92, 95, 96
D.L. 18 novembre 94

1940
D. 31 janvier 67, 69, 81, 83
Instr. min. 8 février 69, 70
81, 82, 87
D.L. 22 février 94, 95
L. 20 juillet 7
L. 16 août 100
L. 12 septembre 7
L. 15 septembre 7

1942
D. n° 1082, 6 avril 5, 100

1943
Circ. min. écon. nat. et fin.
30 janvier 100
L. n° 171, 25 mars 7

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

TITRE I

L'EVOLUTION DES ACOMPTES ET DES AVANCES JUSQU'A LA REFORME DE 1938-39

CHAPITRE PREMIER. — La règle du service fait 11

CHAPITRE II. — L'évolution dans les marchés de travaux publics 15

CHAPITRE III. — L'évolution dans les marchés de fournitures 21

Section I. — Les acomptes 22

§ 1. — Acomptes pour fournitures partiellement livrées .. 22

§ 2. — Acomptes pour matériel approvisionné ou travaillé en usine 23

Section II. — Les avances 28

§ 1. — Les mesures des années 1914 et 1915 28

§ 2. — Le décret du 21 janvier 1916 32

TITRE II

LA REFORME DE 1938-39

CHAPITRE PREMIER. — Nature juridique des acomptes et des avances 41

CHAPITRE II. — Les acomptes 45

Section I. — Les conditions de paiement des marchés de l'Etat par acomptes 46

§ 1. — Insertion obligatoire d'une clause de paiement par acomptes 46

§ 2. — Echelonnement des acomptes 47

§ 3. — Dispositions tendant à supprimer le retard 50
I. — Dans la constatation du service fait 50
II. — Dans le paiement des sommes dues par l'administration 52
III. — Dans l'évaluation du service fait 55
§ 4. — Incidence du paiement par acomptes sur le cautionnement définitif 58

Section II. — Domaine d'application des règles nouvelles 59
§ 1. — Marchés bénéficiant d'office de la réforme 60
§ 2. — Acomptes par décision gracieuse de l'administration 62
§ 3. — Montant des acomptes 63

CHAPITRE III. — LES AVANCES 65

Section I. — Les avances à court terme 67
§ 1. — Conditions d'attribution 67
1. Conditions générales 67
2. Conditions propres aux différentes catégories d'avances 70
I. — Avances en général 70
II. — Avances en cas de mobilisation 80
§ 2. — Conditions de paiement et de remboursement 86
§ 3. — Champ d'application du décret du 19 mars 1939 88

Section II. — Les avances de trésorerie à moyen terme 89
§ 1. — Leur institution 89
§ 2. — Leur régime 90

CONCLUSION 97

INDEX CHRONOLOGIQUE DES TEXTES 103

Censure Clermont N° 9379 W. V. — 12.896 — 15-3-44